

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES RESTRICTIONS
APPORTÉES
AU GAGE DES CRÉANCIERS
EN DROIT COMMERCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 16 décembre 1908, à 3 heures

PAR

Robert BETHOUT

Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, } *professeurs.*
 { CHÉNON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES RESTRICTIONS

APPORTÉES

AU GAGE DES CRÉANCIERS EN DROIT COMMERCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 16 décembre 1908, à 3 heures

PAR

Robert BETHOUT



Président : M. AMBROISE COLIN.

Suffragants { MM. CHAVEGRIN, } *professeurs.*
 { CHÉNON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- Allix.** — *Annales de l'Ecole des sciences politiques.*
Ancelot. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1852.
Annales de Droit commercial.
Arthuys. — *Revue critique*, 1905.
Aubry et Rau. — Cours de droit civil.
Bartin. — Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs.
Baudry-Lacantinerie. — *Précis de droit civil.*
Baudry-Lacantinerie et De Loynes. — Du nantissement, des privilèges et des hypothèques.
Boistel. — Cours de philosophie de droit.
Bretonneau. — Etude sur les clauses d'inaliénabilité.
Bureau. — Le homestead.
Cavrois. — Des sociétés houillères du Nord et du Pas-de-Calais.
Chéron. — *Annales de Droit commercial*, 1905.
Corniquet. — L'insaisissabilité du foyer de famille aux Etats-Unis.
Courcy (de). — Questions de droit maritime.
Dantare. — Des clauses d'insaisissabilité dans les actes entre vifs et dans les testaments.
Demante. — Donations d'immeubles, prohibition d'hypothéquer sans le consentement du donateur, *Revue critique*, 1898.
Demogue. — *Revue critique*, 1903.
Desjardins. — Traité de droit commercial maritime.
Emerigon. — Traité des assurances et des contrats à la grosse.
Fourrier. — La prohibition d'aliéner dans les actes à titre gratuit et dans les contrats à titre onéreux.
Frémery. — Etude de droit commercial.
Garsonnet. — Cours de procédure civile.
Gierke. — Deutsches privat Recht.

- Girard.** — Droit romain.
- Goirand.** — Traité des sociétés par actions.
- Grasserie (de la).** — De l'indisponibilité totale ou partielle du patrimoine.
- Guillouard.** — Privilèges et hypothèques.
- Hauriou.** — *Revue générale du droit.*
- Houpin.** — *Journal des sociétés*, Sirey.
- Huc.** — Commentaire du Droit civil.
Journal des Economistes.
Journal des Sociétés.
- Laurent.** — Principes de Droit civil français.
- Lacour.** — *Revue critique.*
- Lyon-Caen.** — *Revue critique*, 1902.
- Lyon-Caen et Renault.** — Traité de droit commercial.
- Mestre.** — Les personnes morales et leur personnalité.
- Mongin.** — *Revue critique*, 1886.
- Nimsgern.** — Des valeurs mobilières devant l'impôt des mutations par décès.
- Perreau.** — *Revue critique*, 1906.
- Pétiet.** — Le foyer stable ou le bien de famille insaisissable.
- Pilon.** — *Revue trimestrielle de droit civil.*
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil.
- Pont.** — Privilèges et hypothèques.
- Porlier.** — Sociétés à forme commerciale ayant un objet civil.
- Pouigny.** — Le bien de famille en France.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue générale du droit.
Revue internationale de droit maritime.
Revue trimestrielle de droit civil.
- Roquebert.** — De la clause d'inaliénabilité et d'insaisissabilité, insérée dans les dispositions entre vifs et testamentaires.
- Rougier.** — Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité.
- Sarrut.** — *Dalloz*, 1900.
- De Sèze.** — De la responsabilité des propriétaires d'un navire, 1883.
- Surville.** — Cours de droit civil.
- Thaller.** — Traité de droit commercial.
— Cours de droit maritime, 1904-1905.
- Thomas.** — Clauses d'insaisissabilité. *Revue générale du droit*, 1908
- Troplong.** — Du contrat de société.
- Valin.** — Commentaire de l'ordonnance de la marine de 1681.
- De Vareilles-Sommières.** — Les personnes morales.

Wagner. — La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs.
Revue trimestrielle de droit civil, 1907.

Wagner (Georges). — Les sociétés civiles en commandite ou anonymes.

Zitelmann. — *Begriff und Wesen der Sogenannten juristischen Personen*. Leipzig, 1873.

DES

Restrictions apportées au gage des Créanciers

EN DROIT COMMERCIAL

INTRODUCTION

THÉORIE GÉNÉRALE DU PATRIMOINE
CONSIDÉRÉ COMME GAGE DES CRÉANCIERS.

C'est un principe fondamental et traditionnel de notre droit privé que le patrimoine d'un débiteur constitue le gage de ses créanciers : fondamental, car, consacré par l'article 2092 du Code civil, il est la sanction de toute obligation, la raison d'être de toute voie d'exécution et la garantie de toute transaction ; traditionnel, car s'il a subi dans le cours des siècles bien des modifications. Il n'en remonte pas moins à l'origine même du droit.

Dans les législations anciennes, où l'exécution sur la personne est seule connue, aucune limitation n'était apportée à la satisfaction du droit du créancier ; l'obligation contractée a pour gage, dès sa naissance, à la fois la personne et les biens du débiteur. Les rapports juridiques

étaient rudimentaires ; le prêt d'argent était le seul contrat qui engageât le crédit ; par suite, les débiteurs appartenait exclusivement à la classe des pauvres, des plébéiens. A ces époques primitives, le créancier, en faisant crédit, courait un risque plus grave que celui auquel il s'expose aujourd'hui, car, les moyens de production étant peu développés, le débiteur n'était pas toujours en situation de tirer, de l'argent emprunté, tout le parti profitable, et de rembourser facilement son créancier.

Aussi le manquement à la parole jurée était-il considéré comme un véritable délit, exposant le débiteur à la vengeance légitime de celui qui lui avait consenti crédit.

La loi des Douze tables se montre des plus sévères pour celui qui n'exécute pas ses obligations : le patrimoine tout entier est affecté aux engagements du *paterfamilias*.

Plus tard, les mœurs s'adoucissent et l'exécution sur la personne disparaît pour faire place à une autre conception des droits du créancier : le patrimoine seul, c'est-à-dire l'ensemble des biens, répond des engagements contractés par l'individu. Le législateur, sous l'influence de la philosophie, se montre plus respectueux de la dignité de la personne humaine, moins soucieux d'assurer la stricte exécution des obligations, et les lois de divers pays tendent à s'en tenir à l'exécution sur les biens. A Rome, sous la procédure formulaire, l'ensemble des biens répond des dettes et la *bonorum venditio* devient pour les créanciers le moyen de réaliser leur gage ; elle s'applique à l'universalité des biens ; c'est le patrimoine, considéré comme in-

divisible, qui passe à l'acquéreur ; cette indivisibilité se caractérise par la transmission universelle qui s'opère ; une véritable succession s'ouvre alors entre vifs. Dans ces conditions, comment concevoir qu'un bien puisse être soustrait à l'action des créanciers, que la restriction la plus minime puisse être apportée à leur gage ?

Pendant la période des invasions, les idées primitives reparaissent ; le débiteur qui n'exécute pas l'obligation à l'époque convenue est frappé de peines présentant un caractère, soit religieux (excommunication) ; soit physique (fustigation ou bannissement). Les assises de Jérusalem, qui adoptent le principe de l'exécution sur la personne, déterminent le régime auquel est soumis le prisonnier pour dettes, avec une minutie comparable à celles des XII tables. Mais à partir du xiii^e siècle, l'exécution sur les biens se substitue définitivement à l'exécution sur la personne. La personne du débiteur se trouve désormais soustraite à toute contrainte exercée par le créancier, et le patrimoine demeure seul garant des dettes. Le droit du créancier s'exerce sur l'ensemble du patrimoine considéré comme indivisible, de même que la personnalité dont il est un attribut. Mais comment comprendre cette indivisibilité ?

Les articles 2092 et 2093 répondent à cette question : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents et à venir. » Si le créancier n'est pas payé à l'échéance, il réalisera la valeur pécuniaire du patrimoine du débiteur

jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour lui donner satisfaction ; c'est dire, sous une autre forme, qu'un droit de gage général appartient aux créanciers sur les biens de leur débiteur. Ce droit s'exerce sur n'importe quels éléments du patrimoine, sauf les deux exceptions prévues par les articles 2208 (le créancier d'un mineur ne peut réaliser les immeubles qu'après les meubles) et 2209 (le créancier hypothécaire doit réaliser d'abord le bien sur lequel frappe son hypothèque).

Pratiquement, ce droit de gage se traduit par la faculté pour le créancier d'obtenir la conversion des biens du débiteur en argent, de manière à se payer sur le prix. Ordinairement, pour arriver à ce résultat, le créancier procédera par voie de saisie ; les diverses formes de la saisie ne sont cependant pas les seuls moyens par lesquels le créancier peut utiliser le gage général que lui confère l'article 2092. Ainsi, par l'effet du jugement déclaratif de faillite, le failli est dessaisi de ses biens, et les biens sont placés sous l'administration d'un syndic, qui a mission, dans l'intérêt des créanciers, de convertir les biens en argent. Cet exemple, emprunté au droit commercial, indique que ce droit de gage diffère parfois, quant à son mode d'exercice, suivant qu'il est le corollaire d'obligations commerciales ou d'obligations civiles. Nous verrons, au cours de notre étude, que cette distinction du caractère civil ou commercial de l'obligation est intéressante aussi au point de vue de la nature et même de l'existence de droit de gage.

D'ailleurs cette observation ne doit pas surprendre, si

l'on considère l'esprit différent qui anime ces deux branches du droit privé.

Le droit civil est imbu d'idées individualistes et formalistes, dans les rapports d'obligation qui naissent tous les jours entre les hommes, il se montre particulièrement soucieux de la protection du débiteur.

Les règles relatives à la nationalité, celles concernant les conditions de validité de certains contrats (donation, contrat de mariage, constitution d'hypothèque), l'administration des preuves, le taux maximum de l'intérêt, le principe que l'engagement contracté par plusieurs personnes ne donne lieu, en l'absence de toute clause contraire, qu'à une obligation conjointe, en sont la preuve manifeste. Mais le droit civil ne protège guère que le débiteur ; il ne règle pas les droits des créanciers lorsque le débiteur devient insolvable, lorsqu'il est en déconfiture ; celui des créanciers, qui intente le premier une poursuite judiciaire, peut recevoir satisfaction au détriment des autres, dont les intérêts les plus légitimes peuvent subir un grave préjudice.

Le droit commercial repose sur des idées tout opposées, pour régler les rapports juridiques qui relèvent de son domaine, il fait complètement abstraction de la nationalité des individus. Il le fallait bien, puisque les négociants contractent tous les jours avec des étrangers. Le formalisme est banni de la loi commerciale : même les contrats les plus importants sont conclus sans écrit, et le législateur en rapporte à la loyauté des hommes pour la preuve des conventions.

Les besoins du crédit commercial ont amené le législateur à poser des principes que désapprouverait le droit civil ; lorsque plusieurs personnes s'engagent ensemble sur un effet de commerce, la solidarité est de droit entre elles. Le taux maximum de l'intérêt n'existe pas : de plus les intérêts moratoires commencent à courir en droit commercial, dès que le créancier a manifesté avec évidence la volonté énergique d'être payé ; il n'est pas besoin, comme en droit civil, de recourir à une sommation (art. 1153, modifié par la loi du 7 avril 1900). Lorsque le débiteur tombe au-dessous de ses affaires, et se trouve dans l'impossibilité de faire honneur à ses échéances, un régime inconnu du droit civil s'ouvre pour lui : la faillite ou la liquidation judiciaire. Devant le malheur commun qui les frappe, les créanciers sont désormais placés dans une condition égale, à l'exception de certains d'entre eux auxquels la loi accorde spécialement un rang privilégié : ils subissent tous proportionnellement les conséquences de l'insolvabilité du débiteur, et il n'est permis à aucun d'eux de l'exécuter à son profit par une brusque poursuite qui compromettrait peut-être le sort des autres créances. D'autres différences entre les deux législations s'aperçoivent quand on considère l'organisation des juridictions, la compétence et la procédure judiciaires.

Enfin, si le droit civil soulève avant tout des problèmes d'ordre politique et social, comme ceux qui se réfèrent à l'organisation des successions, à la constitution de la famille, la législation commerciale est dominée par les

questions économiques : le merveilleux titre de crédit, qui s'appelle la lettre de change, est une des institutions essentielles au commerce ; la transformation qui s'est opérée dans les procédés de production et la concentration des entreprises est l'œuvre des sociétés par actions, dont l'extension si rapide, au cours du xix^e siècle, a nécessité une législation spéciale.

Cependant les divergences que l'on constate entre le droit civil et le droit commercial tendent à s'atténuer à l'époque contemporaine. Elles ne tiennent pas à la nature des choses, puisque dans beaucoup de législations, notamment en Angleterre, qui est le pays le plus commerçant du monde, la même législation gouverne à la fois ceux qui s'adonnent au négoce et les autres citoyens, et il est certain que le rapprochement entre ces deux branches de droit privé ira en s'accroissant. Il en sera ainsi, parce que, la législation et surtout la jurisprudence sont nécessairement soucieuses de se mettre en harmonie avec l'évolution des idées et des besoins économiques.

De plus, la partie du Code civil qui traite des obligations contient des principes généraux qui sont susceptibles de gouverner tout l'ensemble du droit privé et qui s'y étendront d'autant plus qu'ils ne seront pas soumis à une interprétation étroite et dogmatique.

Aussi, croyons-nous, les différences que présentent l'application civile et l'application commerciale de notre principe du droit de gage des créanciers sur les biens de leur débiteur tendront à s'atténuer : ce sera chose faite, le jour où

le droit civil, actuellement trop rigide et comme cristallisé dans son Code, aura, par l'œuvre du législateur, acquis suffisamment de souplesse pour mieux s'adapter aux exigences nouvelles des affaires.

Le droit de gage qui appartient ainsi aux créanciers sur les biens de leur débiteur n'a rien de commun avec le contrat de gage ou nantissement, dont les règles résultent des articles 2073 et suivants du Code civil. Celui-ci ne peut porter que sur un bien individuellement déterminé ; il tend à faire sortir ce bien du patrimoine du débiteur pour le transférer dans celui du créancier ; au contraire, d'après l'article 2092, tous les biens du débiteur, même ceux qui ne figuraient pas dans son patrimoine à l'époque de l'obligation, deviennent la garantie de son engagement.

On s'est efforcé récemment, pour mieux mettre en lumière cette différence entre le nantissement et le gage général de l'art. 2092, d'expliquer la disposition de ce texte par l'idée d'une subrogation réelle à titre universel, dont il contiendrait l'application (Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4^e éd., t. IV, § 302, 691, 715 ; Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94.2.185. Cf. Demogue, *Rev. crit.*, 1903). On sait que la subrogation consiste dans une substitution opérée dans un rapport de droit ; ici, il y aurait substitution d'un bien à un autre dans un rapport juridique préexistant ; et l'on cite beaucoup d'autres exemples de subrogation réelle fournis par le Code civil (art. 1407, 1434, en cas d'échange ou de remploi de biens

propres ; loi du 19 fév. 1889 étendant aux indemnités dues par les Compagnies d'assurances le droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires, en cas de destruction matérielle de l'objet affecté à leur garantie).

Mais cette explication nouvelle du droit de gage général de l'article 2092 ne semble pas reposer sur un fondement solide : on ne doit pas oublier que la subrogation se présente toujours comme une dérogation aux règles générales du droit ; elle a pour effet d'enlever à un bien les caractères juridiques qui normalement lui appartiendraient, pour lui en attribuer artificiellement d'autres qui ne découlent pas nécessairement de sa nature. C'est donc une institution qui appelle une interprétation restrictive et dont l'existence n'est pas admissible en l'absence d'un texte précis.

On insiste cependant, et on affirme que l'idée de subrogation réelle, nécessaire pour l'explication rationnelle de l'article 2092, s'impose comme une tradition de l'ancien droit, dont le Code aurait conservé des vestiges (art. 132 : si un absent reparait ou si son existence est prouvée postérieurement à l'envoi définitif en possession de ses biens, les envoyés en possession doivent lui restituer, outre les biens qu'ils possèdent encore, le prix de ceux qu'ils auraient vendus ou de ceux qu'ils auraient acquis en échange ; et, article 1697 : en cas de vente d'une hérédité en bloc, le vendeur doit fournir à l'acheteur, outre les choses héréditaires existantes, le produit de la vente ou du recouvrement des créances successorales). C'est donc que le Code aurait formellement consacré le principe d'une su-

subrogation réelle, même à titre universel, dont l'article 2092 constitue une pure application. En effet, alors que le droit du créancier ne devrait logiquement porter que sur les biens appartenant au débiteur lors de l'engagement, les seuls sur lesquels il a dû compter pour son remboursement, ce droit est étendu par la loi aux biens advenus postérieurement au débiteur : c'est bien la preuve d'une subrogation réelle à titre universel.

Cependant, malgré l'autorité des jurisconsultes qui ont défendu cette opinion, nous ne pensons pas que les rédacteurs du Code aient songé à l'idée d'une subrogation réelle, lorsqu'ils ont écrit les articles 132, 1697 et 2092. Les articles 132 et 1697 sont l'expression de principes plus simples : la première de ces dispositions législatives revient à affirmer que nul ne saurait s'enrichir aux dépens d'autrui ; l'autre texte est l'interprétation présumée de la volonté du vendeur, qui a entendu procurer à l'acheteur tout le profit qu'il aurait retiré de l'hérédité, s'il l'eût gardée ; enfin, dans l'ancien droit, l'idée d'une subrogation réelle était en harmonie avec la conception juridique de la succession qui formait, au point de vue de sa transmission, plusieurs groupes de biens distincts suivant leur origine (1) et soumis à des règles différentes ; or, en présence de la multiplicité des masses héréditaires, assujetties chacune à une dévolution spéciale, il importait d'éviter des transpositions frauduleuses ou injustes de l'une à

(1) Distinction des biens propres et des acquêts.

l'autre. Mais, avec le Code civil, l'idée de l'unité du patrimoine successoral a triomphé : la théorie de la subrogation réelle à titre universel n'a donc pas été conservée.

En admettant même que la subrogation réelle puisse trouver un fondement dans certaines règles de notre législation positive, elle ne suffirait pas à expliquer le droit de gage général que les créanciers possèdent, d'après l'article 2092. La subrogation réelle permettrait de comprendre, à la rigueur, que le droit du créancier s'étendît aux acquisitions nouvelles à titre onéreux, qui viennent remplacer les éléments plus anciens du patrimoine ; mais elle demeure impuissante à rendre compte de l'extension du droit des créanciers aux biens acquis à titre gratuit par le débiteur. Il vaut mieux adopter sur ce point les idées les plus généralement reçues, et il n'existe pas de meilleur moyen de justifier le droit de gage général de l'article 2092 que de faire appel aux principes du droit commun ; le patrimoine constitue un ensemble indéterminé et variable de biens soumis à toutes les fluctuations qui atteignent la fortune du titulaire et dont tous les éléments sont fongibles entre eux, sans distinguer selon la date à laquelle les biens sont entrés dans le patrimoine.

En outre, entre le nantissement des objets mobiliers et le gage général de l'article 2092, il existe cette autre différence que, le gage spécial affectant un bien déterminé du débiteur, le créancier, à qui il est conféré, bénéficie d'un droit réel sur ce bien, avec les deux attributs qui attestent sa supériorité : le droit de préférence et le droit de suite.

Au créancier ordinaire, qui se borne à invoquer le gage général de l'article 2092, ces deux avantages sont refusés. L'article 2093 décide, en effet, que tous les créanciers, quelle que soit la date de leur titre, possèdent un droit égal. D'autre part, le gage général de l'article 2092 n'est pas investi d'un droit de suite : le droit du créancier ordinaire s'exerce sur l'ensemble du patrimoine, et n'affecte pas tel ou tel bien déterminé ; or, le patrimoine n'est pas atteint par la disparition d'un de ses éléments ; c'est seulement sa valeur qui est diminuée ou même anéantie ; il constitue une universalité de droits, laquelle, indépendamment des éléments qui la composent en fait, subsiste en principe tant que se prolonge l'existence de la personne dont il est un attribut indivisible. En conséquence, le débiteur conserve le pouvoir de passer à l'occasion de son patrimoine des actes qui deviennent opposables à ses créanciers, et ceux-ci sont tenus de subir l'effet de ces actes, lorsque la bonne foi du débiteur n'est pas suspectée.

Enfin, une troisième différence s'aperçoit entre le gage général et le nantissement. Celui-ci, véritable acte de disposition, exige chez le débiteur la capacité d'aliéner ; au contraire, le gage général porte indistinctement sur tous les biens, et il est indifférent que le propriétaire soit incapable d'aliéner tel ou tel d'entre eux.

La règle de portée très générale établie en droit civil par l'article 2092, est donc qu'en principe tous les biens du débiteur tombent sous l'action de ses créanciers. Quelles sont les exceptions que souffre cette règle, quelles sont

les restrictions apportées à ce droit de gage des créanciers, quelle est leur nature et quels sont leurs effets, tel va être l'objet de notre recherche.

Restrictions nécessaires du gage des créanciers.

Certains biens du débiteur échappent nécessairement à l'action des créanciers, à raison de leur nature. La nature des biens a souvent pour conséquence de les rendre insaisissables : il en est ainsi des droits non patrimoniaux et aussi des droits qui, tout en comptant dans le patrimoine, sont exclusivement attachés à la personne. Seulement, la distinction des biens patrimoniaux et des biens extra-patrimoniaux n'apparaît pas toujours nettement ; de même, la différence à établir entre les droits attachés exclusivement à la personne et ceux qui ne présentent pas ce caractère, est vague et imprécise, attendu que la plupart des droits de famille réfléchissent sur le patrimoine.

Sont donc soustraits au droit de gage général des créanciers, les biens non patrimoniaux, ce qui comprend les droits et actions relatifs à l'état des personnes (action en divorce, en séparation de corps, en désaveu de paternité, en réclamation d'état ; les droits de puissance). Quant aux biens patrimoniaux, qu'ils soient des biens concrets au sens ordinaire du mot, ou même des droits abstraits, des actions, etc. (l'art. 1166 peut à ce point de vue être considéré comme un simple corollaire de l'art. 2092), ils forment, en principe, la garantie des créanciers, mais sauf certaines exceptions ; les unes sont mentionnées expressément par

la loi ; c'est ainsi que les créanciers d'une femme mariée ne peuvent pas exercer, au nom de leur débitrice, le droit qui appartient à celle-ci d'agir en séparation de biens ; mais, la plupart du temps, la loi est muette et de nombreuses difficultés ont été suscitées par les termes énigmatiques de l'article 1166 du Code civil (« Les créanciers peuvent exercer tous les droits de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne »). Dans l'opinion la plus générale, on se réfère, pour résoudre le problème, au fondement du droit et l'on recherche s'il offre un intérêt surtout pécuniaire ou s'il ne s'appuie pas plutôt sur des considérations d'ordre moral. Dans le premier cas, l'article 1166 s'applique et les créanciers possèdent l'action subrogatoire. Mais, si l'intérêt moral prédomine à la base du droit, son intérêt échappe aux créanciers. C'est pour cette raison que les créanciers ont été exclus des droits suivants, appartenant à leur débiteur : droit de demander la révocation pour ingratitude, exercice du retrait successoral, action en indemnité pour réparation d'un délit ou d'un quasi-délit, attendu que la victime seule est en situation d'apprécier si elle doit pardonner ou poursuivre (Nancy, 10 février 1890, D. 91.1.283 ; Chambéry, 19 avril 1894, S. 96.2.307 ; Pau, 13 mars 1888, D. 88.2.283).

On a discuté le point de savoir si les créanciers pouvaient s'immiscer dans l'exercice des droits qui présentent pour le débiteur le caractère d'une simple faculté ; par exemple les créanciers pourraient-ils accepter une offre avanta-

geuse d'achat ou de donation faite à leur débiteur ? Il semble que l'option dont il s'agit demeure en dehors du gage des créanciers. En effet l'option exercée dans tel sens, aura pour résultat d'accroître le patrimoine du débiteur, en en y introduisant un bien nouveau (offre de vente, de donation ; faculté appartenant au bénéficiaire d'une assurance sur la vie de profiter de la stipulation faite en sa faveur). Le motif ordinairement donné pour refuser aux créanciers toute action dans ces hypothèses consiste à dire que cette action tendrait à l'acquisition d'un droit nouveau ; or, l'article 1166 ne leur permet d'exercer que les actions qui comptent déjà dans le patrimoine du débiteur. Mais il ne nous paraît pas possible d'admettre, d'une façon absolue, que l'exercice d'une option ne soit pas la conséquence d'un droit déjà acquis et il nous paraît plus juste d'élargir autant que possible les droits des créanciers qui peuvent légitimement prétendre tirer du patrimoine de leur débiteur tous les avantages qu'il en eût tiré lui-même.

Telle est une première catégorie de biens qui, par leur nature, sont habituellement placés en dehors du droit de gage général des créanciers.

Restrictions légales du gage des créanciers.

La loi soustrait à l'action des créanciers certains biens de leur débiteur, biens qu'elle a déclarés insaisissables ; nous sommes ainsi conduits à passer en revue les cas d'insaisissabilité légale. Ils peuvent se répartir en trois catégories. Suivant le motif qui a inspiré le législateur, l'insaisissabilité repose soit sur des considérations d'humanité,

soit sur un intérêt d'Etat, soit sur un intérêt économique.

Un certain nombre d'insaisissabilités sont édictées dans un but d'humanité, pour ne pas priver le débiteur des objets nécessaires à sa vie matérielle. Des insaisissabilités de ce genre se rencontrent en droit commercial : certains privilèges spéciaux sont accordés au failli ; le syndic est autorisé à prélever sur l'actif les sommes indispensables pour permettre au failli de vivre (art. 530). D'autre part, au début de la faillite, le négociant doit être mis en possession de ses vêtements et autres effets (Cf. art. 530, 469, 1^o, et 474). Le Code de procédure civile consacre, dans les articles 581 et 592, l'insaisissabilité de certains objets mobiliers de première nécessité pour leur propriétaire. Les traitements des fonctionnaires ne tombent sous l'action des créanciers que jusqu'à concurrence de $\frac{1}{5}$ sur les premiers mille francs, $\frac{1}{4}$ sur les sommes excédant jusqu'à concurrence de 5.000, et un $\frac{1}{3}$ sur le surplus (loi du 21 ventôse an IX) ; les pensions et les traitements de réforme sont insaisissables en entier (arrêté du 6 thermidor an X ; décrets des 1^{er} janvier et 1^{er} février 1808). Nous pensons toutefois qu'au-dessus d'un certain chiffre, l'insaisissabilité repose ici sur un intérêt d'Etat, plutôt que sur une raison d'humanité.

La loi du 12 janvier 1895 est venue établir toute une réglementation relative à la protection des employés peu rémunérés et des salariés de toute sorte. C'est dans le même ordre d'idées qu'est conçu l'article 8 de la loi du 29 juillet 1886, relative à la caisse des retraites pour la vieillesse ; jusqu'à concurrence de 360 francs, les rentes

viagères fournies par cette caisse sont incessibles et insaisissables. Citons encore l'article 12 de la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuel : toutes les sommes à remettre par ces sociétés à leurs membres participants sont incessibles et insaisissables. Enfin, l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail porte que les rentes servies en exécution de cette loi et qui sont payées par trimestre, soit à la victime de l'accident, soit à ses ayants cause, demeure en dehors du gage des créanciers.

Ajoutons qu'une proposition de loi déposée à la Chambre des députés par M. Ruau, le 31 janvier 1905 (*J. off.*, 19 avril 1905, *Doc. parl.* Chambre, annexe 2214) tend à mettre en réserve, par extension de l'institution américaine du *homestead*, une portion du patrimoine qui échapperait aux risques des affaires et constituerait pour la famille une dernière ressource en cas de besoin. Cette proposition de loi nous paraît mériter une attention toute particulière, non seulement à raison du sentiment de grande humanité qui l'inspire, mais, au point de vue strictement juridique, par sa tendance à la création d'un régime du patrimoine, quelque peu semblable à celui du patrimoine d'un commerçant commanditaire qui a voulu limiter le risque des affaires. L'extension de ce doublement du patrimoine par voie de restriction du risque sur une partie de ces éléments nous paraît une des plus souhaitables réformes à apporter dans le domaine du droit civil.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de reprendre cette idée, en notre conclusion.

C'est incontestablement sur un intérêt d'Etat que s'appuie l'insaisissabilité des rentes françaises sur l'Etat. Elle résulte de textes qui datent de l'époque du Directoire (loi du 8 nivôse an VI). Ce texte porte « qu'il ne sera pas reçu à l'avenir d'opposition sur la dette inscrite ou à inscrire ». En édictant cette disposition, le législateur de l'an VI cherchait à dissiper la mauvaise impression que venait de produire sur le public la banqueroute des deux tiers de la dette. Ce privilège attaché aux rentes sur l'Etat soulève d'ailleurs aujourd'hui des critiques qu'il est difficile de ne pas approuver dans le principe. Aussi la jurisprudence s'est-elle attachée à restreindre de plus en plus l'insaisissabilité dont il s'agit. C'est ainsi que, dans une faillite, le syndic peut faire vendre les rentes sur l'Etat appartenant au failli. La saisissabilité de la rente est possible toutes les fois qu'elle peut s'opérer par d'autres moyens qu'une opposition au Trésor (Cass., 2 et 16 juillet 1894, D. 94.1.497, note 900, S. 95.1.5, note Lyon-Caen ; et 23 novembre 1897, S. 98.1.161, *Pand.*, 98.2.337). D'autre part, sont insaisissables encore par raison d'Etat les capitaux qui servent à l'exécution de certains services publics, par exemple les fonds destinés aux entrepreneurs et adjudicataires de travaux accomplis pour le compte de l'Etat (loi du 26 pluviôse an II). Sont considérés comme couverts par le même texte les subventions allouées à des entrepreneurs de services postaux ou maritimes et les apports des

producteurs destinés à l'approvisionnement des halles centrales de Paris.

En troisième lieu, certaines insaisissabilités sont inspirées par un motif d'ordre économique : c'est ainsi que s'explique l'immunité relative aux immeubles par destination (art. 592, 1^o, C. proc. civ.). En outre, l'article 215 dispose que le bâtiment prêt à faire voile n'est pas saisissable, si ce n'est à raison des dettes contractées pour le voyage qu'il va entreprendre.

Restrictions volontaires du gage des créanciers.

Enfin, des biens saisissables par leur nature peuvent-ils être soustraits par la volonté de l'homme à l'action des créanciers ? Il y a ici trois situations à prévoir :

1^o Il est des cas où la limitation du gage des créanciers d'une personne résultera nécessairement d'actes accomplis par elle, ou même par des personnes qui lui sont étrangères, sans qu'il soit intervenu une convention formelle destinée à soustraire certains biens au droit de gage des créanciers. Il en est ainsi quand certains éléments du patrimoine sont dissociés des autres et ne forment plus avec ceux-ci un tout indivisible assujetti dans toutes ses fractions au droit de gage de l'article 2092 ; cette éventualité se rencontrera par exemple en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (art. 802 C. civ.), ou lorsque, après une acceptation pure et simple émanant de l'héritier, les créanciers du *de cujus* demanderont la séparation du

patrimoine de ce dernier et des biens propres à l'héritier (art. 878 C. civ.). C'est là une exception notable à la règle d'après laquelle tous les créanciers, sans distinction d'origine, possèdent un droit égal sur toutes les fractions du patrimoine de leur débiteur.

Par l'effet de l'acceptation bénéficiaire, l'héritier est placé désormais à la tête de deux masses de biens : ses biens personnels et ceux de la succession. Il est, sans doute, tenu du passif successoral comme de celui qu'il a lui-même contracté ; cependant les créanciers héréditaires n'ont le droit de le poursuivre que sur les biens du défunt. La mort du débiteur originaire a eu incontestablement pour conséquence de transmettre au successible la charge d'une obligation personnelle, mais celle-ci n'a jamais pesé sur ses biens ; il est tenu, sans que son actif réponde de sa dette.

Une situation analogue se rencontre lorsque les créanciers paralysent, en invoquant la séparation des patrimoines, la confusion qui s'était produite entre les biens de leur débiteur et ceux de son héritier. Les créanciers héréditaires ne peuvent désormais exercer de poursuite que sur les biens du défunt ; mais, si la succession est, par privilège, affectée à leur gage, ils ne peuvent prétendre à plus, tout au moins dans une certaine opinion, et ils n'ont pas la ressource de faire valoir leur gage sur la fortune personnelle de l'héritier après épuisement des biens : notons, toutefois, que si les règles traditionnelles sont en ce sens, la jurisprudence et la majorité des auteurs décident

aujourd'hui que la séparation des patrimoines, introduite en faveur des créanciers et des légataires du défunt, ne saurait se retourner contre eux ; en conséquence, si l'on accepte cette doctrine, on doit admettre que l'obligation personnelle de l'héritier correspond ici à une affectation générale de son patrimoine (Cf. Demolombe, t. 17, n° 220 ; Aubry et Rau, t. 4, § 719, note 64 ; Planiol, t. 3, n° 2187). La séparation des patrimoines engendre donc des situations où les conséquences ordinaires d'une obligation contractée relativement au gage des créanciers sont modifiées plus ou moins profondément.

D'autres législations se sont avancées plus loin encore dans cette voie et se sont élevées à l'idée d'une obligation réelle, c'est-à-dire exécutoire sur un bien déterminé du patrimoine, sans en atteindre les autres éléments. C'est ainsi que la loi prussienne du 5 mai 1872 et le Code civil allemand du 1^{er} janvier 1900 connaissent la dette foncière, c'est-à-dire une obligation qui grève un immeuble particulier sans planer sur l'ensemble du patrimoine et dont la réalisation ne peut être poursuivie que sur le fonds grevé : « L'obligation réelle substitue l'engagement de la chose à l'engagement de la personne et aboutit à conférer ainsi aux immeubles à ce point de vue une sorte d'entité juridique, comme cela se passait autrefois dans le bail à rente » (Baudry et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, t. I, Introd., p. 55). Ce n'est pas là, d'ailleurs, une institution germanique, et l'on constate, en se référant au système des cédulas hypothé-

caires établi par la loi du 9 messidor an III, que la Révolution avait imaginé une conception analogue.

2° Il y a lieu, maintenant, de rechercher si une personne qui contracte une obligation ou qui se prépare à en contracter une est libre de limiter les conséquences de son engagement à certains de ses biens, par une convention formelle. Le débiteur, dont il s'agit, pourra arriver à son but de diverses façons : il stipulera que tel ou tel bien échappera au droit de saisie de son créancier ou que le créancier n'aura de recours que sur certains biens à l'exclusion des autres, ou enfin qu'il devra se conformer à un certain ordre pour opérer la saisie.

Dans une première opinion, on rejette la licéité de clauses de ce genre. L'insaisissabilité, se révélant au moment des poursuites, produirait un dommage trop grave aux créanciers ; les événements ultérieurs à la convention peuvent amener une diminution du patrimoine du débiteur, de telle sorte que le seul bien restant saisissable soit précisément celui que l'on a voulu dérober à la poursuite du créancier. Dans ces circonstances, celui-ci se trouverait victime d'une convention dont il n'avait pas envisagé la portée au moment du contrat. On ajoute que l'insaisissabilité se ramène à une incapacité de contracter, et que la liste des incapables dressée par l'article 1124 ne saurait être augmentée par la volonté des particuliers (Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, t. 1, p. 141 ; Rougier, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, thèse, Lyon, 1902, p. 40). Mais l'on peut répondre

que l'obligation contractée avec restriction du gage des créanciers équivaut à une convention aléatoire ; le créancier a certainement envisagé l'hypothèse où, le patrimoine du débiteur s'amoindrissant, et se réduisant finalement au seul bien exclu de son gage, ses chances de paiement seraient singulièrement compromises. Il est probable qu'en échange de cette facilité accordée au débiteur, il a obtenu lui-même dans l'obligation, un avantage compensant son sacrifice, par exemple des intérêts plus élevés, des prestations périodiques plus rapprochées. Nous concluons donc qu'un débiteur est libre de limiter les conséquences de son engagement à certains de ses biens (Cf. Surville, *Cours de droit civil*, t. 2, n° 501).

A la vérité, la solution de cette question n'est plus guère discutée ; mais on s'est demandé si la volonté de l'homme pouvait, d'avance, affranchir certains biens compris dans son patrimoine de toute obligation à une dette future quelle qu'elle soit. Il faut distinguer suivant que la clause dont il s'agit est insérée dans un acte onéreux ou dans un acte gratuit, et selon qu'elle porte sur des meubles ou des immeubles.

Envisageons d'abord une donation mobilière ; la stipulation d'insaisissabilité insérée par le donateur est alors déclarée valable par la loi elle-même ; l'article 581 du Code de procédure civile porte en effet (3^o) que les sommes et objets disponibles déclarées insaisissables par le testateur ou le donateur conserveront ce caractère. Pour que ce texte s'applique, conférant à la donation ou au legs un

caractère d'insaisissabilité, il faut : *a*) qu'il s'agisse de meubles corporels ou incorporels (objets mobiliers ou créances) ; *b*) que l'acte édictant l'insaisissabilité soit une libéralité ; *c*) que les sommes ou objets disponibles ne soient pas compris dans la réserve à laquelle le donataire ou le légataire aurait eu droit, en vertu de la loi elle-même ; car, d'après un principe bien connu, la réserve doit arriver aux enfants et aux ascendants du défunt avec la plénitude de sa valeur. De plus l'article 582 décide que, pour tenir compte de la clause d'insaisissabilité, il faut avoir égard à la date des engagements contractés par le gratifié. C'est seulement aux créanciers antérieurs à la donation que le droit de saisir est enlevé, mais les biens dont il s'agit ne sont pas mis en marge du patrimoine au regard des créanciers à venir. Le débiteur conserve toute sa liberté d'action vis-à-vis des personnes au profit desquelles, par la suite, il contractera un engagement, et celles-ci ne peuvent pas se voir opposer la clause d'insaisissabilité, puisqu'au moment du contrat elles n'ont pu se douter de la condition particulière qui affectait, en vertu d'une libéralité, tel bien du patrimoine du débiteur.

La solution donnée pour les meubles doit-elle être étendue aux immeubles compris dans la quotité disponible du donateur ? Sur ce point, la jurisprudence belge et les tribunaux français sont en conflit : la première considère que, dans le silence des codes civil et de procédure, une solution de caractère aussi exceptionnel doit être restreinte à l'hypothèse prévue par l'article 581. lequel ne statue que

pour les meubles. La règle générale est la liberté de la propriété ; toute clause qui resserre la faculté de disposer de ses biens ou de s'engager sur eux est nulle, comme contraire à l'ordre public.

Une opinion opposée prévaut dans la jurisprudence française. Rien ne commande l'invalidité des stipulations d'insaisissabilité relatives aux immeubles. La circonstance que l'insaisissabilité atteint un immeuble n'aggrave pas le caractère de cette clause. Parmi les valeurs qui figurent dans le patrimoine, les meubles sont aujourd'hui sensiblement supérieurs aux immeubles ; les créanciers ne subissent donc pas un préjudice plus considérable quand ils se voient opposer une clause de genre relative à un immeuble. Il serait illusoire, d'ailleurs, de prohiber la clause dans un cas et non dans un autre, attendu que le disposant ne serait pas arrêté par un semblable obstacle ; il convertirait, préalablement à la donation, ses immeubles en argent, et s'empresserait d'imprimer le caractère d'insaisissabilité aux libéralités de sommes obtenues par cette voie (Cass., 20 décembre 1864, S. 65.1.9 ; Caen, 20 août 1850, S. 52.2.344). La jurisprudence est fixée d'ailleurs en ce sens que, la clause dont il s'agit, pouvant, à la rigueur, produire de mauvais résultats économiques, ne doit pas être arbitrairement apposée dans une donation ; donc, serait nulle la stipulation insérée dans le seul intérêt du donataire ; la liberté du donateur n'existe que relativement aux clauses destinées à sauvegarder pour lui un intérêt légitime, par exemple à

assurer éventuellement l'exercice ultérieur d'un droit de retour (Cf. Cass., 24 avril 1894, S. 95.1.276, D. 95.1.91). La jurisprudence française fait preuve ici d'une interprétation plus libérale que la jurisprudence belge et elle doit être approuvée, car il s'agit d'une clause assez fréquente en pratique, et l'un des côtés les plus utiles de l'œuvre des tribunaux est assurément de sanctionner les conventions que les mœurs propagent et qui n'entrent pas en antinomie avec un texte formel de la loi.

Il reste à résoudre le problème relatif aux actes à titre onéreux. Est-il possible d'insérer, par exemple, dans une vente ou dans un échange, la condition que l'immeuble vendu ou échangé demeurera insaisissable dans le patrimoine de l'acquéreur ou de l'échangiste ? M. Garsonnet admet sans discussion l'affirmative : « l'extension de l'article 581, 3^e, aux immeubles une fois admise, on concédera sans difficulté qu'il n'y a pas de raison pour la restreindre aux objets donnés ou légués, et que l'insaisissabilité peut également résulter d'un contrat à titre onéreux comme une vente, un échange ou une donation avec charges » (*Cours de procédure civile*, t. 2, § 346). Dans une opinion opposée, on déclare que la clause d'insaisissabilité n'est pas valable ; quelle que soit la date de leur titre, tous les créanciers de l'acquéreur pourront, sans distinction, réaliser sur les biens, dont il s'agit, le droit de gage qui, lors de la formation de l'engagement, s'est étendu immédiatement sur le patrimoine entier du débiteur. Aucune assimilation ne saurait être établie entre cette hypothèse et celle d'une

donation ; l'insaisissabilité des biens donnés ne cause aucun préjudice aux créanciers antérieurs, qui n'ont été atteints ni dans leurs droits ni dans leurs espérances. Mais, soustraire à leur droit de gage général des biens acquis à titre onéreux, c'est leur occasionner une véritable lésion. En effet, le bien nouveau n'a fait que remplacer dans le patrimoine du débiteur une richesse qui y figurait antérieurement, et qui comptait dans le gage général des créanciers ; la substitution d'un bien échappant à leur action ne saurait être admise. En définitive, la clause d'insaisissabilité, envisagée dans les actes à titre onéreux, apparaît comme de nature à faciliter la mauvaise foi du débiteur sans produire aucun résultat utile ; les créanciers possèdent, sans doute, la ressource de l'action paulienne pour anéantir les actes qui auront été passés en fraude de leurs droits ; mais on n'ignore pas les difficultés que suscite l'exercice de cette action ; dans l'espèce, il ne suffira pas de prouver qu'un bien insaisissable a succédé, dans le patrimoine du débiteur, à une valeur dépourvue de ce caractère ; il faudra, de plus, démontrer que l'acquéreur comme le vendeur se sont entendus dans le but d'agir frauduleusement et ce n'est point là une preuve facile. Cette opinion absolue n'attache aucune importance à l'intérêt qui a dicté la clause. Que l'intérêt en jeu soit celui de l'acquéreur ou celui du vendeur, peu importe ; le danger demeure le même ; il n'est pas possible de reconnaître la validité de cette clause.

Nous croyons préférable de nous rallier à une doctrine

intermédiaire : la stipulation d'insaisissabilité ne doit pas, en toute hypothèse, conserver sa force : il est mauvais, en effet, au point de vue économique, que le nombre des biens soustraits à la circulation s'accroisse ; cependant, un intérêt sérieux paraîtra parfois de nature à justifier la clause. La discussion provient de ce que deux idées également respectables entrent ici en conflit. Il faut éviter à la fois que l'intérêt légitime du vendeur ne soit inutilement sacrifié et que l'acquéreur ne puise dans la stipulation la facilité de rendre illusoire la poursuite de ses créanciers. Nous sommes donc amené à formuler une distinction : ou bien la clause concerne l'intérêt du vendeur, ou bien elle se rapporte à celui de l'acquéreur.

Si la clause a été insérée dans le seul intérêt de l'acquéreur, elle ne peut pas être maintenue. Elle dépasse le cercle des conventions, car les conventions ont pour objet un intérêt appréciable pour l'une ou l'autre des parties ; or qu'importe à l'aliénateur que l'immeuble soit ou non saisissable entre les mains de l'acheteur ? Une considération de cette nature n'a pu, évidemment, influencer sur la détermination du prix. En réalité, cette stipulation n'a été introduite dans le contrat que par une volonté unilatérale, celle de l'acquéreur ; or une manifestation de ce genre ne saurait échapper à la règle générale d'après laquelle tous les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers (art. 2092). La Cour de cassation a été appelée à statuer dans une hypothèse de ce genre, à l'occasion d'une clause portant prohibition d'aliéner et d'hypothé-

quer. On sait que, d'après la Cour suprême, la prohibition de saisir est implicitement contenue dans celle d'aliéner (Cass., 27 juillet 1863, S. 63.1.465 et 25 juin 1902, S. 02.1.424), et la clause a été reconnue illégale (Cass., 22 juillet 1896, D. 98.1.17, note de M. Planiol). On conçoit facilement que les tribunaux se montrent hostiles à l'admission de semblables conventions ; elles aboutissent à imposer plus rigoureusement au créancier les conséquences de l'insolvabilité du débiteur ; et, souvent, le créancier ne posséderait, par suite de cette clause, qu'un titre illusoire. En effet, s'il est vrai que le montant d'une créance est fixé dans le titre originaire, il n'est pas douteux que sa valeur dépende uniquement des chances de réalisation réservées au créancier : « Toute obligation, écrit Laurent, implique la nécessité légale de faire ou de donner ce qui fait l'objet de l'engagement. En quoi consiste cette nécessité ? C'est que le débiteur peut être contraint de remplir l'obligation qui lui incombe. Quelles sont ces voies de contrainte ? On n'en conçoit que deux : la contrainte peut être exercée sur la personne ou sur les biens » (*Principes de droit civil*, t. 29, n° 267). Or, la réalisation sur les biens demeurant aujourd'hui la seule garantie mise à la disposition du créancier, il ne faut pas restreindre, sous peine de diminuer le crédit, l'étendue du gage qui porte de plein droit sur le patrimoine du débiteur.

Mais la clause d'insaisissabilité apposée dans un acte à titre onéreux sera, au contraire, valable si elle se rattache à l'intérêt du vendeur. C'est ainsi que le vendeur, qui n'a

consenti à l'aliénation de son bien que sous réserve d'un pacte de réméré, pourrait insérer valablement dans le contrat la stipulation dont il s'agit et qui est destinée à lui garantir, le cas échéant, la reprise de son bien (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, n° 1435).

Dans l'hypothèse où la clause est valable, quels vont être ses effets ? La clause affranchit-elle les biens des poursuites de tous les créanciers, quels qu'ils soient ? A-t-elle pour résultat de les soustraire à toutes les obligations contractées par leur propriétaire ?

Sur la première question, il n'est pas douteux que la convention d'insaisissabilité produit son effet contre les créanciers antérieurs en date, qu'ils soient chirographaires ou même hypothécaires. L'aliénateur ignorait en effet la qualité des créanciers de son acquéreur et il est libre, quelle que soit la qualité qui s'attache à la créance, de leur opposer une clause d'insaisissabilité grevant un bien qui, lors de l'obligation assumée par l'acquéreur, ne comptait pas dans le patrimoine de ce dernier.

Mais que décider à l'égard de créanciers armés d'une hypothèque générale portant sur tous les biens immobiliers du débiteur ? Leur hypothèque devra-t-elle respecter le bien ultérieurement acquis et protégé par une clause d'insaisissabilité ? Une distinction paraît ici s'imposer. En ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, elle s'applique à la fois, aux termes de l'article 2123, aux immeubles actuels du débiteur et à ceux qu'il pourra acquérir par la suite ; cependant il est certain que la règle formulée par l'arti-

cle 2123 n'est pas d'ordre public et qu'on peut y mettre échec par des conventions particulières ; l'article 2123 n'est pas, en effet, rédigé en des termes impératifs. Dès lors, ce texte peut être tenu en échec dans l'hypothèse que nous prévoyons.

Mais l'hypothèque légale ne comporte pas la même solution, car elle est destinée à garantir des intérêts d'un ordre plus élevé ; elle se réfère aussi, pourrions-nous dire, à des intérêts moraux, car elle figure parmi les mesures de protection que la loi a organisées en faveur des incapables. En outre, la loi ayant strictement déterminé les cas dans lesquels une restriction pourrait être apportée à l'hypothèque légale (art. 2140, 2141), il faut en conclure que la volonté des parties n'a pas le pouvoir d'aller au delà : en essayant de soustraire le bien qu'il transmet à son acquéreur à l'hypothèque légale qui atteint les immeubles de ce dernier, par suite d'une tutelle ou d'un mariage, l'aliénateur diminuerait l'étendue d'une responsabilité légale ; sa volonté empêcherait la loi d'atteindre son but.

En résumé, les clauses se traduisant par une insaisissabilité n'ont reçu en droit civil qu'un faible développement. A quoi se rattache, en effet, l'insaisissabilité en droit civil ? Deux explications sont possibles : ou elle tient à la nature des biens et alors elle appartient à l'indisponibilité réelle, ou elle dérive d'une incapacité de la personne et elle rentre alors dans le statut personnel. Or, de ces deux explications, la seconde est de beaucoup la plus générale : l'insaisissabilité est liée manifestement en droit

civil à une incapacité (*Contrà* Mongin, *Revue critique*, année 1886).

Les hypothèses pratiques dans lesquelles fonctionne la clause permettent de se rendre compte aisément du lien intime qui unit l'insaisissabilité et l'incapacité. Lorsque, dans une libéralité entre vifs, le donateur stipule que le donataire ne pourra aliéner, jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge, l'objet de la donation, le mobile qui a inspiré cette prohibition est évidemment tiré de l'inexpérience ou de la faiblesse d'esprit du gratifié, qui n'est pas encore en état de se comporter sur son patrimoine comme un maître prudent et avisé. L'insaisissabilité s'explique parfois autrement, il est vrai ; elle peut tenir à un intérêt personnel de l'aliénateur dans certains cas (exemple du vendeur avec pacte de réméré, qui cherche à se garantir par là l'exercice éventuel du réméré) ; mais ce n'est guère là qu'une exception.

C'est sur de tout autres idées que repose la conception de la limitation du gage des créanciers en droit commercial ; il ne s'agit plus, ici, de sanctionner une incapacité ; l'insaisissabilité apparaît au contraire comme un moyen de crédit destiné à faciliter les relations d'affaires, à permettre aux individus de se lancer dans la spéculation sans redouter d'y engloutir tout leur patrimoine. Dans l'état économique actuel, les entreprises ne peuvent prospérer que si elles possèdent la ressource et la protection de capitaux qu'il faut souvent considérables. Le chiffre nécessaire pour qu'une entreprise puisse s'assurer la conquête

des marchés est si élevé, qu'un seul individu serait la plupart du temps incapable de fournir les fonds nécessaires. Aussi les entreprises collectives forment-elles la majorité ; elles se rencontrent sous l'aspect de sociétés, et, parmi elles, ce sont les sociétés où la responsabilité des membres est limitée, qui ont pris immédiatement le dessus au point de vue de l'importance des transactions. Bien vieilles sont aujourd'hui les sociétés de personnes, où tous les membres étaient tenus indéfiniment et solidairement du passif ; cette construction juridique a laissé la place à d'autres combinaisons qui permettent d'arriver plus vite au succès en attirant davantage les capitaux. Dans la société de personnes, une entreprise ne peut s'affranchir de la médiocrité, car beaucoup de capitalistes répugnent à répondre indéfiniment sur tous leurs biens du passif social. Dans la seconde moitié du xix^e siècle, les sociétés par actions se sont multipliées, parce qu'elles répondent à un besoin économique impérieux et sont organisées sur la base d'une réglementation restrictive du droit des créanciers. Comme le dit M. Thaller, « la représentation de la part sociale par l'action a provoqué toute une révolution dans la formation des entreprises, ainsi que dans la composition des fortunes » (*Traité de droit commercial*, 3^e éd., 1904, p. 143). Il est évident que l'épargne ne se serait pas dirigée vers le placement offert par les sociétés anonymes, si elle avait été effrayée par la crainte d'une responsabilité illimitée. Sans cette restriction apportée au gage des créanciers sociaux, lequel ne comprend plus désormais que les biens limitati-

vement entrés dans la société du chef des actionnaires, l'intensité de la production et des échanges serait loin d'avoir l'importance que l'on constate aujourd'hui.

D'ailleurs, l'idée de restriction doit être accueillie ici sans méfiance parce qu'elle est portée à la connaissance du public par la publicité de l'acte de société ; ce n'est plus la clause plus ou moins occulte que les tiers pouvaient redouter de voir dirigée contre eux : c'est l'expression loyale d'une nécessité économique qui se montre au grand jour : la publicité a pour but de révéler à tous l'indication précise du gage sur lequel pourront compter les fournisseurs et les créanciers de la société. C'est là une supériorité sur le droit civil, où la clause d'insaisissabilité ne jouit pas d'une notoriété suffisante, car celle-ci ne dépasse pas le cercle des personnes qui appartiennent à l'entourage des deux parties contractantes. L'atténuation ainsi apportée au gage des créanciers engendre des résultats si favorables à la multiplication des échanges et à la prospérité générale que les sociétés du droit civil ont cherché à l'emprunter au droit commercial, et qu'il s'est formé, dans ces dernières années, un certain nombre de sociétés dont les statuts limitaient, contrairement au principe général des sociétés civiles, la responsabilité des associés à la fraction de leur patrimoine engagée dans l'entreprise ; nous aurons à étudier la validité de ces clauses sur lesquelles la jurisprudence a été quelque temps incertaine.

Le droit commercial maritime nous fournit un autre exemple célèbre d'une atténuation apportée à la respon-

sabilité illimitée du débiteur ; il s'agit de l'abandon du navire et du fret, que l'article 216 du Code de commerce, modifié par la loi du 17^e juin 1841, décrit de la manière suivante : « Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui relatif est au navire et à l'expédition. Il peut, dans tous les cas, s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret ; toutefois la faculté de faire abandon n'est pas accordée à celui qui est à la fois capitaine et propriétaire, ou copropriétaire du navire. Lorsque le capitaine ne sera que copropriétaire, il ne sera responsable des engagements contractés par lui, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, que dans la proportion de son intérêt. » D'autre part, la loi du 12 août 1885 a ajouté au texte la disposition suivante : « En cas de naufrage du navire dans un port de mer ou hâvre, ou dans les eaux qui leur servent d'accès, comme aussi en cas d'avaries causées par le navire aux ouvrages d'un port, le propriétaire du navire peut se libérer même envers l'Etat de toute dépense d'extraction ou de réparation ainsi que de tous dommages-intérêts par l'abandon du navire et du fret des marchandises à bord. La même faculté appartient au capitaine qui est propriétaire ou copropriétaire du navire, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident a été occasionné par sa faute. »

Telles sont les deux grandes catégories d'hypothèses où une limitation est apportée au gage des créanciers. La

deuxième atténuation offrant moins d'ampleur que la première, et ne rayonnant pas, comme celle ci, sur l'ensemble du droit commercial, nous allons commencer par lui consacrer un premier chapitre ; nous étudierons ensuite la restriction subie par les créanciers d'une société, en raison de la forme donnée à l'acte social.

CHAPITRE PREMIER

LA THÉORIE DE L'ABANDON, ÉCHÉC AU DROIT DES CRÉANCIERS.

L'article 216 fournit une notion générale de l'abandon. Le propriétaire d'un navire est appelé à contracter des dettes, des engagements se rapportant à son bâtiment. C'est là une conséquence normale de l'exploitation de son navire ; le passif, dont il s'agit, atteint généralement un chiffre considérable ; si le propriétaire devait l'acquitter immédiatement, il pourrait être placé dans un grave embarras et dans l'impossibilité de continuer ses affaires. Il est nécessaire, cependant, qu'il liquide ses dettes ; la règle impérative de l'article 2092 ne décide-t-elle pas que le débiteur est tenu indéfiniment sur toute sa fortune, et non pas seulement sur le groupe de biens affectés à l'industrie, qui a été la cause de sa ruine : « Quiconque s'oblige oblige le sien » ? Or, tandis que, pour les engagements d'une autre nature, et sauf l'hypothèse d'une dette contractée par une société de capitaux, le débiteur commercial, de même que le débiteur civil, est tenu indéfiniment sur tout son patrimoine, sans qu'il y ait lieu d'en dissocier les éléments, le propriétaire du navire va jouir d'une faveur particulière, et un échec important est subi ici par le principe de l'article 2092. La loi concède au

propriétaire du navire la faculté exorbitante de se libérer vis-à-vis de ses créanciers maritimes, en limitant son sacrifice à l'abandon du navire et du fret et en protégeant contre toute poursuite sa fortune de terre. Le patrimoine du propriétaire du navire est ainsi divisé en deux séries de biens : le bâtiment est le gage désigné des créanciers maritimes ; le surplus des biens sera affranchi de toute voie d'exécution.

Lointaine est l'origine de cette institution ; au premier abord, on serait tenté de lui découvrir une filiation romaine ; elle paraît présenter une certaine analogie avec l'institution du pécule : le droit prétorien donnait action aux tiers contre le *paterfamilias* qui avait confié à une personne en puissance (fils ou esclave) la gestion d'un pécule ; mais le chef de famille n'était tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de ce pécule (*actio institoria*). Cependant, ici, l'assimilation serait trompeuse, car précisément, en droit maritime, quand un armateur romain équipait un navire et en confiait la direction à une personne en puissance, le droit prétorien conférait aux créanciers du capitaine, pour contrats ou délits, la faculté d'agir pour le tout indéfiniment contre le maître (Girard, 4^e éd., p. 662 et 664). La disposition de l'article 216 n'est donc pas d'origine romaine ; l'institution est en réalité de provenance beaucoup plus récente ; c'est dans la seconde partie du moyen-âge, avec la Renaissance et le développement du commerce maritime surtout dans la Méditerranée, que la limitation de la responsabilité du propriétaire ap-

paraît ; elle remonte, sans doute, au contrat de commande, qui était connu alors et dû aux usages des Républiques italiennes. Au moyen-âge (Frémery, *Etudes de droit commercial*, p. 182, 1835), le capitaine était un véritable associé du propriétaire et il n'était pas engagé envers lui par un rapport hiérarchique de préposé à patron. Un négociant confiait des marchandises à un capitaine de navire, avec mission de les vendre au meilleur compte ; le capitaine fournissait son travail, ses connaissances techniques sur la manœuvre du bâtiment : c'était un associé, qui, indépendamment de ses aptitudes techniques, effectuait la mise d'un véritable capital, d'un navire ; c'était donc au nom de l'association que le capitaine traitait dans les ports étrangers ; les tiers ne connaissaient que lui. Ils lui accordaient crédit au vu du bâtiment, sans se préoccuper des biens pouvant appartenir à l'autre associé, à l'armateur.

Comment, par une longue évolution, perdit-il sa situation d'associé pour ne plus occuper que le poste d'un préposé ? Il serait difficile de l'expliquer. Mais, peu importe la transformation subie par le capitaine dans sa condition ; bien qu'il soit devenu un simple subordonné, le principe de la responsabilité de l'armateur a subsisté et celui-ci continue de n'être obligé que jusqu'à concurrence de la valeur de son navire. L'institution pénétra, mais plus tardivement, dans le nord de l'Europe ; on ne trouve aucun détail sur elle dans les rôles d'Oléron, qui contiennent le droit commun des usages maritimes de l'Atlantique et de

la Mer du Nord ; mais, au xvi^e siècle, la limitation de la responsabilité du propriétaire d'un navire, à raison des faits encourus par le capitaine, était devenue une règle dont nul en France ne songeait à contester l'autorité.

De là, elle passa dans la Hollande et dans les villes de la Hanse ; seule, l'Angleterre a écarté jusqu'au milieu du xix^e siècle l'application de la règle.

Les usages antérieurs sur ce point furent recueillis et codifiés par l'Ordonnance de 1681 sur la marine, dont l'article 2, titre 8, livre 2, dispose que « les propriétaires des navires seront responsables des faits du maître, mais ils en demeureront déchargés en abandonnant leur bâtiment et le fret ». Dès cette époque, la règle traditionnelle fut entendue différemment dans l'Atlantique et dans la Méditerranée. Pour Valin (*Commentaire de l'ordonnance de la marine de 1681*, éd. de Poitiers, 1828), les faits du capitaine désignaient seulement ses actes illicites. Emerigon, partisan d'une interprétation plus large, autorisait l'abandon dans tous les cas, pour les dettes du capitaine ayant leur source dans un contrat, comme à l'égard de celles provenant d'un délit (*Traité des assurances et des contrats à la grosse*, éd. Boulay-Paty, 1827).

L'ancien article 216 reproduisait à peu près textuellement la disposition de l'ordonnance : « Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret. » Mais, pendant longtemps, la controverse qui existait jadis

entre Valin et Emerigon persista devant les tribunaux et la jurisprudence se montrait hostile à l'extension de l'article 216 aux obligations nées de contrats conclus par le capitaine pour les besoins de l'expédition. Une semblable interprétation n'était guère favorable aux intérêts des armateurs, aux grandes entreprises lointaines, dans lesquelles une personne hésitera à s'engager, si elle expose indéfiniment sa responsabilité. Aussi la loi du 14 juin 1841 est-elle venue autoriser la limitation du gage pour toutes les obligations assumées par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions. Elle trace en même temps des règles nouvelles pour le cas où ce dernier serait en même temps propriétaire ou copropriétaire du navire ; enfin, la loi du 12 août 1885 a consacré une nouvelle application de l'abandon. L'évolution suivie par cette institution a donc été une généralisation constante.

La loi de 1885 permet au propriétaire de se libérer envers l'Etat de tous dommages-intérêts à raison d'un naufrage dans un port ou d'avaries causées à ses ouvrages ; auparavant, le propriétaire du bâtiment était mis en demeure, par l'Administration des ponts et chaussées, d'enlever l'épave qui mettait obstacle à la circulation ; sinon, elle effectuait elle-même les travaux d'extraction, mais elle en réclamait ensuite le coût au propriétaire.

L'institution de l'abandon, qui s'est constamment développée depuis le moyen-âge, se justifie, d'ailleurs, par des motifs à la fois d'équité et d'ordre économique. D'abord, le capitaine n'est pas un préposé ordinaire ; l'armateur

ne dispose sur lui d'aucun moyen efficace. Le capitaine agit en maître dans les ports étrangers, loin de son armateur, et celui-ci est bien obligé de s'en rapporter aux aptitudes et aux connaissances techniques de son agent, lesquelles lui sont, d'ailleurs, garanties par le brevet que l'Etat a délivré au capitaine. Toutes les dettes contractées au cours de la navigation par le capitaine n'atteignent l'armateur que d'une manière indirecte ; c'est, d'ailleurs, au vu du navire que les fournisseurs ou les personnes en relations d'affaires avec le capitaine ont consenti à traiter avec lui et lui ont accordé un crédit mesuré par la valeur du gage qui leur était offert. La faculté pour l'armateur de se libérer en abandonnant un navire, que les créanciers ont seul pris en considération lors de l'engagement du capitaine, n'est donc pas absolument inconciliable avec la logique et l'équité.

Il y a, d'autre part, un puissant motif d'ordre économique qui justifie l'abandon et la restriction que cette institution apporte au gage des créanciers. C'est aujourd'hui un fait avéré que, malgré les lois protectrices de 1902 et 1906, l'industrie française de l'armement expose ceux qui s'y livrent à de nombreux mécomptes et subit une véritable crise. Cette situation serait singulièrement aggravée si un armateur était exposé à encourir sur toute sa fortune les conséquences d'une faute de son capitaine, d'une incurie qu'il n'a pu lui-même prévenir. La prospérité de notre marine marchande exige impérieusement le maintien de cette institution dans nos lois.

Cette limitation au gage des créanciers n'existe pas seulement en France : toutes les législations étrangères se sont attachées, elles aussi, à atténuer la responsabilité qui, de droit commun, pèserait sur l'armateur.

Un premier groupe de législations se rattache au système français : il comprend celles qui posent en règle la responsabilité personnelle du propriétaire du navire avec faculté de se libérer par l'abandon du navire et du fret ; c'est le système de l'article 216, qui est reproduit, dans des termes à peu près analogues, par les législations de la Belgique, de l'Espagne, de l'Italie, de la Grèce et de la Hollande.

Parmi les autres législations, la plupart ont accepté l'abandon, mais avec des traits qui les différencient plus ou moins profondément de la législation française. Les Etats-Unis et l'Angleterre s'en tiennent, comme la France, au principe d'une responsabilité limitée du propriétaire, mais la mise en œuvre de cette responsabilité est différente. La loi fédérale du 3 mai 1851 porte que « la responsabilité du propriétaire ou des propriétaires dans l'avenir, à raison des détournements, pertes ou distractions par le capitaine, les officiers, les matelots, les passagers ou toute autre personne, de toute propriété, de tous effets ou marchandises embarqués à bord du navire, ou à raison de pertes, dommages ou avaries résultant d'une collision ou de tout autre événement, ou à raison de perte, dommages ou confiscations occasionnés ou subis sans la participation ou la connaissance du ou des propriétaires, n'excédera en

aucun cas la valeur du navire ou de la part de l'un des copropriétaires du navire, et du fret y afférent » (Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, 1878-1890, t. II, n° 312). Il résulte de ce texte qu'en principe la responsabilité du propriétaire d'un navire demeure indéfinie, sans qu'il y ait d'exception pour les engagements contractés par le capitaine. C'est seulement dans les hypothèses visées par le texte précité que l'armateur est admis à se libérer en offrant l'intérêt qui lui appartient dans le navire et dans le fret. Une loi du 15 février 1893 a élargi la portée de la loi précédente et elle a supprimé complètement toute responsabilité à raison des fautes de navigation et dangers de mer, lorsque le navire était armé et équipé convenablement (*Revue internationale de droit maritime*, t. 8, p. 632).

L'Angleterre, tout en admettant l'abandon, se caractérise par une réglementation spéciale de l'institution. Ce fut seulement au XVIII^e siècle que la notion de l'abandon se répandit en Angleterre. Aujourd'hui, d'après le Merchant Shipping act de 1854, modifié en 1862, l'armateur peut se libérer des engagements du capitaine vis-à-vis des créanciers maritimes, non pas en abandonnant le navire, mais en payant une somme fixée à 8 livres sterling par tonneau de jauge. Toutefois, s'il y a eu mort d'homme, le taux de l'indemnité est porté à 15 livres sterling ; cependant l'abandon n'est pas admis pour les dettes résultant de contrats conclus par l'entremise du capitaine, et la faculté qui est accordée au propriétaire dans les termes

précitées n'existe qu'au sujet des avaries ou dommages occasionnés par le navire. Le système anglais est plus favorable que le nôtre à l'armateur, lorsque, le navire étant neuf, sa valeur totale est supérieure au chiffre forfaitaire de 200 francs par tonne. Mais, quand le navire, usé par la navigation, a notablement diminué de valeur, la loi anglaise traite son propriétaire plus durement que la nôtre, et le système arbitraire de la Grande-Bretagne a été souvent et justement critiqué (De Courcy, *Questions de droit maritime*, t. III, p. 259). Les compagnies de navigation, ne se jugeant pas suffisamment protégées par la loi, ont l'habitude d'insérer dans leurs connaissements une clause qui les décharge de toute responsabilité pour les dommages résultant de cas fortuit ou de cause majeure, de risques et fortunes de mer.

Dans un troisième groupe, figurent les législations qui ne considèrent pas l'abandon comme une restriction au droit de gage général des créanciers et qui, décomposant la fortune de l'armateur en deux séries de biens, son patrimoine et le navire, regardent ce dernier comme une véritable personne morale, seule débitrice à raison de l'exploitation maritime. C'est le caractère anormal du mandat conféré au capitaine qui a conduit l'Allemagne et les pays scandinaves à adopter cette doctrine. Comment parler de mandat, contrat consensuel par excellence, là où l'armateur n'a pas librement choisi son mandataire et déterminé les fonctions de ce dernier ? Il serait injuste que le propriétaire du bâtiment encourût une responsabilité à raison

des actes du capitaine, puisque l'éloignement met obstacle à toute surveillance. La règle que le maître répond des faits de ses préposés demeure donc étrangère à l'armateur. Toutefois, celui-ci réalise des bénéfices par suite de l'exploitation de son navire, qui peut être pour lui la source d'une fortune. Par voie de conséquence, les risques du commerce maritime doivent retomber sur lui ; il répondra des dettes contractuelles ou délictuelles incombant à son capitaine. Seulement, c'est une sorte de responsabilité réelle qui s'exerce et qui apparaît comme la conséquence de la qualité de propriétaire d'un navire. La fortune de mer forme un patrimoine spécial dans l'ensemble des biens de l'armateur ; elle s'accroît ou elle diminue en vertu de causes spéciales, qui n'exercent aucune influence sur la fortune terrestre. Ce patrimoine séparé, qui est administré par un préposé indispensable, le capitaine, est affecté à l'exécution de tous les engagements contractés par le capitaine dans sa gestion. Mais là s'arrête l'obligation ; elle ne s'étend pas au surplus des biens, et, moyennant le sacrifice de son navire, l'armateur conservera intacts les autres éléments de sa fortune. En d'autres termes, l'opposition entre la conception allemande et la théorie française réside en ceci que le créancier a action non contre l'armateur, mais contre le navire érigé en personne morale. Telle est la théorie qui est adoptée en Allemagne depuis 1867 et que l'article 486 du Code de commerce, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1900, résume de la manière suivante : « L'armateur n'est pas tenu vis-à-vis des tiers

sur ses biens personnels, mais seulement sur le navire et le fret : 1° lorsque l'action est fondée sur un acte que le capitaine a fait en sa qualité et en vertu de son autorité légale, mais non en vertu d'un mandat spécial ; 2° lorsqu'elle a pour point de départ soit le non-accomplissement, soit l'accomplissement incomplet ou défectueux d'un contrat passé par l'armateur, en tant que l'exécution de la convention a fait partie des obligations de service du capitaine, et sans qu'il y ait lieu de distinguer si le non-accomplissement ou l'accomplissement incomplet ou défectueux est dû ou non à la faute d'une personne de l'équipage ; 3° lorsque l'action est basée sur la faute d'une personne appartenant à l'équipage ; les présentes dispositions ne s'appliquent pas aux cas prévus dans les numéros 1 et 2, lorsque l'armateur aura commis lui-même une faute dans l'accomplissement des obligations contractuelles ou aura spécialement garanti l'exécution des obligations. » Et le Code de commerce allemand, fidèle à la conception de la personnalité morale du navire, désigne les fournisseurs et les créanciers du capitaine sous le nom de *Schiffsgläubiger* (créanciers du navire). Par exception, certains créanciers peuvent avoir une action personnelle contre l'armateur : c'est le cas des gens de l'équipage pour leurs salaires ; cette décision, contenue dans l'article 487, a été édictée pour des raisons d'humanité.

Une disposition analogue se rencontre dans l'article 7 de la loi maritime suédoise entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1892 : « L'armateur n'est tenu que sur le navire et le

fret, des créances résultant de l'inexécution ou de l'exécution incomplète ou défectueuse des engagements contractés par un tiers sur le fondement d'un pouvoir de l'armateur, mais dont l'exécution incombait au capitaine en sa qualité, ainsi que des obligations contractées par le capitaine en sa qualité et non en vertu d'un pouvoir spécial de l'armateur. Ce dernier est toutefois personnellement tenu des créances de l'équipage résultant des contrats d'engagement et de services conclus par le capitaine » (art. 7 ; lois maritimes scandinaves, trad. Beauchet, Paris, 1895).

En définitive, aujourd'hui, la restriction du gage des créanciers, occasionnée par l'abandon, n'est pas conçue de la même manière par les diverses législations. En France et dans la majorité des Etats, l'abandon apparaît comme une dérogation plus ou moins complète au gage général, comme une limitation à l'obligation personnelle du propriétaire du navire. Dans la conception allemande, au contraire, suivie par les pays scandinaves, on ne serait pas en présence d'une véritable dérogation à la règle que « quiconque s'oblige oblige le sien » : le seul débiteur est le navire, doté de la personnalité morale et, par suite, d'un patrimoine distinct. Rien de plus rationnel, alors, que de limiter au patrimoine de la personne morale les engagements contractés par celle-ci ou par son représentant désigné, le capitaine.

Chacune des deux conceptions a eu son heure de popularité. Le Congrès de droit maritime de Bruxelles de 1888 s'est prononcé pour le système de la responsabilité per-

sonnelle avec faculté d'abandon par l'armateur (Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. V, n° 267 bis). Le Congrès tenu à Gênes en 1892 avait préconisé le système opposé. Adoptant la théorie allemande, il considèrait chaque navire comme doué de personnalité juridique et ses créanciers comme limités dans leur action au montant de sa valeur (*Bull. de la Soc. de lég. comparée*, 1892-1893, p. 81 et s.). Mais un congrès plus récent, tenu en septembre 1904 à Amsterdam, revient à la conception de l'abandon dérogeant à la responsabilité personnelle de l'armateur, et dans la mise en œuvre il permet à celui-ci de choisir entre le système français (abandon total du navire et du fret), et le système anglais (versement aux créanciers maritimes de 8 livres sterling par tonneau de jauge). En négligeant cette question d'ordre pratique, on peut conclure qu'aujourd'hui l'idée d'une restriction nécessaire à la responsabilité du débiteur est le plus généralement adoptée comme justification de l'abandon.

SECTION I. — Pour quelles dettes l'abandon est-il autorisé ?

Une distinction fondamentale s'impose ; il convient de séparer, d'une part, les engagements contractés par le propriétaire du navire et, de l'autre, ceux qui sont assumés par le capitaine. La faculté d'abandon n'existe pas à l'égard des premiers : le propriétaire ne saurait se dérober à l'exécution, sur l'ensemble de son patrimoine, de la convention à laquelle il a personnellement adhéré. C'est seu-

lement pour les dettes contractées par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions, qu'elles soient contractuelles ou délictuelles, qu'il est possible d'invoquer l'article 216. La loi française a considéré que le capitaine exerce une fonction indépendante : sa gestion s'accomplit loin de la résidence de l'armateur. Impuissant à surveiller son préposé, l'armateur est admis à éviter les conséquences trop onéreuses des délits et des contrats du capitaine, par l'abandon du navire et du fret, et il place ainsi sa fortune de terre à l'abri de toute poursuite à raison d'un passif maritime. Le délit le plus fréquent susceptible d'entraîner l'abandon sera l'abordage provenant de la faute du capitaine. Quant aux contrats passés par ce dernier, et à l'occasion desquels l'abandon est autorisé, le Code de commerce en donne des exemples bien connus, dans les articles 223, 232 et 236 (engagement des matelots, emprunt motivé par la nécessité de radoub, de ravitailler ou de réparer le bâtiment, contrat d'affrètement). Le capitaine n'a, d'ailleurs, le pouvoir de passer les contrats, dont il s'agit, que dans une localité autre que celle où habite l'armateur ; quant aux dettes contractées par le capitaine là où réside le propriétaire du bâtiment, elles sont de même nature juridique que celles qui ont été assumées directement par ce dernier, et il en résulte que la faculté d'abandon ne peut pas s'exercer. Les actes du capitaine qui légitiment l'abandon doivent avoir été accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Sinon, le propriétaire ne pourrait user de la faculté de l'article 216.

SECTION II. — Personnes qui peuvent
consentir l'abandon.

Quant aux personnes qui peuvent consentir l'abandon, deux situations sont à distinguer : ou bien la même personne est à la fois propriétaire et armateur du navire ; ou bien le propriétaire du navire ne l'exploite pas par lui-même et le donne en location à un armateur. Le propriétaire peut-il, dans les deux cas, user de la faculté de l'abandon ? Il ne faut pas hésiter à répondre que, dans les deux hypothèses, le propriétaire est tenu des dettes du capitaine, mais seulement dans les limites fixées par l'article 216, c'est-à-dire avec possibilité de réduire sa responsabilité à la fraction maritime de ses biens. Le texte de l'article 216 est, en effet, des plus généraux : même lorsqu'il a loué son navire à un armateur, le propriétaire a assumé les conséquences des engagements contractés par le capitaine, qu'il a reconnu d'avance comme étant qualifié à diriger le navire.

On s'est demandé si la restriction apportée par l'article 216 au droit de poursuite des créanciers maritimes pouvait être invoquée également par les chargeurs, en supposant que le capitaine ait contracté des dettes dont le paiement doit incomber à ces derniers, par exemple en vue d'assurer la conservation de la cargaison, le capitaine a été amené à faire des dépenses, à emprunter de l'argent. Les sommes ainsi avancées peuvent s'élever à un chiffre considérable et dépasser parfois la valeur de la marchan-

dise. Il suffit, pour donner la solution, de remarquer que le capitaine est le mandataire non seulement de l'armateur, mais des propriétaires de la cargaison pour l'arrimage et la conservation de celle-ci, aussi bien que pour les contrats qui en sont la suite. Or, le choix des chargeurs n'ayant pas été libre, puisqu'ils sont obligés d'accepter comme représentant leurs intérêts l'officier qui commande le navire, il serait inexplicable qu'on leur refuse un bénéfice qui est accordé au propriétaire du bâtiment précisément en raison de la restriction apportée à son choix par la nécessité de confier la direction du navire à un marin breveté. En conséquence, si le chargeur estime trop onéreux le montant du remboursement de l'avance consentie par le capitaine, il pourra s'exonérer de son obligation en abandonnant la cargaison soit au capitaine, soit aux créanciers avec qui ce dernier a traité ; la loi ajoute, ce qui est fort naturel, que l'abandon ne saurait être pratiqué pour éviter le payement du fret (art. 310).

SECTION III. — Sur quoi doit porter l'abandon.

Quelles sont maintenant les valeurs que doit comprendre l'abandon, auquel procède l'armateur, pour affranchir sa fortune de terre des poursuites des créanciers maritimes ?

L'abandon doit porter d'abord sur le navire lui-même, qui est le principal élément de la fortune de mer. Le navire est abandonné dans l'état où il se trouve ; peu im-

porte qu'il ait reçu ou non des avaries, ou même qu'il soit réduit à de simples débris impossibles à utiliser. Alors même que le navire aurait complètement disparu, son propriétaire se libérera par application de l'article 216, et les créanciers devront se tenir pour satisfaits, bien que les matériaux sur lesquels ils comptaient aient été engloutis par la mer.

Au cas où le navire aurait échappé au naufrage, à quel moment faut-il apprécier la valeur que représente l'abandon ? Dans l'opinion générale, on décide que le navire devra être abandonné dans l'état où il se trouve à la fin du voyage durant lequel a eu lieu l'acte ou le fait qui motive l'abandon (Lyon-Caen et Renault, t. V, n° 224). Mais il paraît inexact de décider ainsi que l'abandon doit avoir lieu suivant la valeur du navire à la fin du voyage qui a motivé les engagements poursuivis ; si les créanciers agissent contre l'armateur avant le retour du navire celui-ci doit avoir la faculté de se libérer immédiatement. Les créanciers n'ont pas à différer leur demande de paiement ; tout retard de leur part est une négligence ; c'est au moment où la dette a été contractée que leur droit est né et qu'ils devaient agir : le propriétaire ne peut pas être tenu de rembourser aux créanciers la différence entre la valeur ancienne et la valeur actuelle du navire, que la navigation détériore lentement. De semblables distinctions entraîneraient des complications extrêmes, par exemple, si les diverses créances n'étaient pas toutes nées dans le dernier voyage. C'est, d'ailleurs, le navire lui-même et non une

indemnité représentative de sa valeur que le propriétaire doit abandonner aux créanciers.

L'abandon ne se limite pas au navire ; il doit comprendre également le fret, c'est-à-dire la redevance que l'armateur est en droit d'exiger des chargeurs à raison du transport qu'il a effectué de leur marchandise. Quel est le fret sur lequel doit porter l'abandon, aux termes de l'article 216 ? On avait pensé, à l'origine, qu'il s'agissait de tous les frets perçus depuis que le navire sorti des chantiers avait commencé à naviguer. Mais ce serait imposer à l'armateur un sacrifice trop lourd, qui atteindrait souvent et dépasserait peut-être même la valeur du navire. D'ailleurs, ce fret est entré définitivement dans le patrimoine de terre de l'armateur. Et, s'étant détaché du bien qui l'a produit, il n'en est plus l'accessoire ; l'abandon n'aurait plus sa raison d'être s'il devait s'appliquer à des valeurs qui, entrées depuis longtemps dans le patrimoine de l'armateur, ont été considérées par ce dernier comme ayant fait l'objet d'une appropriation définitive et irrévocable. L'abandon portera donc uniquement sur le fret du voyage actuel, c'est-à-dire du voyage en cours au moment où le propriétaire use de sa faculté d'abandon (Lyon-Caen et Renault, t. V, n° 229 ; Cass., 14 janvier 1901, *Rev. crit.*, 1902, p. 529, note Lyon-Caen).

Comment expliquer que l'abandon puisse porter à la fois sur le navire et sur le fret et que l'armateur doive s'imposer ce double sacrifice pour préserver sa fortune de terre ? C'est que le législateur a considéré le fret comme

formant un véritable fruit produit par le navire, et qui reste incorporé au bâtiment non seulement pendant la traversée pour laquelle il a été stipulé, mais encore après son désarmement et aussi longtemps qu'une nouvelle expédition n'aura pas été entreprise. Peu importe que le fret ait été encaissé par l'armateur, il conserve son individualité tant qu'il n'a pas fait, de la part du propriétaire du bâtiment, l'emploi d'un objet définitif. On s'explique donc que l'armateur puisse en disposer sans subir une perte trop lourde et l'offrir aux créanciers en vue de limiter son obligation (Cf. Thaller, *Cours de droit maritime*, 1904-1905).

Est-ce le fret brut ou le fret net du dernier voyage qui doit être compté aux créanciers ? L'opinion dominante, tout au moins dans la doctrine, c'est qu'il ne s'agit pas du fret brut, tel qu'il a été stipulé dans le contrat d'affrètement et qu'il est indiqué au connaissement, mais du fret net, c'est-à-dire après déduction des différentes dépenses de la traversée et des mises dehors (frets d'armement et de voyage) (Lyon-Caen et Renault, t. V, n° 232). On remarque qu'avec la solution contraire, le propriétaire du navire serait finalement obligé de supporter les dettes du capitaine partiellement sur sa fortune de terre, contrairement au but de la loi. Comme le fait ressortir M. Lyon-Caen, « si le propriétaire du navire ne peut pas retenir les dépenses de navigation sur le fret qu'il abandonne, sur quoi a-t-il à les supporter ? Ce ne peut être évidemment sur sa fortune de terre. Cette doctrine conduit à une violation du principe même de l'abandon : à raison d'actes ou de faits du capi-

taine, le propriétaire du navire se trouve tenu sur sa fortune terrestre » (Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1906, p. 516). Cependant la jurisprudence se prononce de plus en plus dans un sens opposé, et la Cour de cassation estime que l'abandon doit comprendre le fret brut (3 juillet 1905, S. 05.1.385, *Pand.*, 06.1.85; *Rev. crit.*, 1906, p. 513, note de M. Lyon-Caen).

Un certain nombre de lois étrangères exigent également que l'abandon porte sur le fret brut (cf. C. de Comm. Allemand, art. 756; lois scandinaves, art. 7).

Que décider en ce qui concerne l'indemnité d'assurance ? Le navire au sujet duquel le propriétaire se propose de recourir à l'abandon a péri en totalité ou en partie, mais il avait été auparavant l'objet d'une assurance. Le propriétaire du navire débiteur qui a péri doit-il comprendre l'indemnité d'assurance dans l'abandon ? Il semble que l'abandon s'impose, attendu que l'indemnité d'assurance est la représentation de la chose assurée ; elle joue le rôle d'un prix de vente qui se substituerait au navire au point de vue de l'abandon ; c'était déjà l'opinion qu'enseignait Valin, sous l'empire de l'Ordonnance de 1681 (Liv. 1, tit. 12, art. 3). Mais Emérigon se prononçait en sens contraire (chap. 12, sect. 7), et aujourd'hui l'opinion d'Emérigon est unanimement adoptée. L'indemnité d'assurance doit être exclue de l'abandon par les motifs suivants : a) elle appartient à la fortune de terre et non à la fortune de mer de l'armateur ; b) elle est la représentation, non pas du navire, mais des primes que le propriétaire a prélevées

sur sa fortune de terre, en vue de former le capital auquel il aurait éventuellement droit. L'indemnité d'assurance doit donc retourner à la source d'où elle est sortie, c'est-à-dire qu'elle est définitivement acquise à l'armateur. On ajoute qu'une loi relativement récente, celle du 19 février 1889, qui décide que l'indemnité d'assurance est subrogée à la chose assurée et prend juridiquement sa place, n'institue cette subrogation qu'au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés, et le bénéfice de cette disposition ne saurait être étendu aux créanciers dont le titre n'est pas muni d'une sûreté réelle. Enfin, beaucoup d'armateurs, au lieu d'assurer leur navire à une Compagnie, procèdent de la manière suivante : ils constituent une réserve qui s'alimente d'année en année au moyen de retenues opérées sur les bénéfices ; ils sont ainsi leurs propres assureurs ; or il est impossible d'imposer aux propriétaires qui ont suivi cette voie l'abandon de l'assurance, car on ne voit pas sur quelle valeur porterait l'abandon.

Mais s'il y a, dans ce cas, dispense de comprendre l'assurance dans l'abandon, on est immédiatement conduit à poser en principe général que l'indemnité d'assurance demeurera toujours la propriété de l'armateur, sous peine de soulever des protestations parmi les propriétaires de navires. Aussi ne doit-on pas s'étonner que les tentatives organisées en vue d'étendre l'abandon à l'indemnité d'assurance aient échoué jusqu'à présent ; c'est ainsi que, lors de la discussion de la loi de 1841, la Commission refusa d'adopter le vœu, émis par plusieurs membres de la Cham-

bre, de transférer aux créanciers maritimes le montant de l'assurance : « Pourquoi donc, remarquait le rapporteur, si l'armateur a jugé prudent de se faire assurer, moyennant une prime plus ou moins élevée qu'il a payée, les prêteurs et les chargeurs viendraient-ils lui ravir les fruits d'une sage prévoyance et recueillir les fruits d'un contrat auquel ils sont demeurés étrangers ? » (Dalloz, *Rép.*, V^o *Droit maritime*, n^o 272.)

SECTION IV. — Formes de l'abandon.

Voici maintenant les formes suivant lesquelles s'exerce le droit à l'abandon du navire et les effets que produit l'abandon. La loi ne déclare pas que le propriétaire du navire aura, de plein droit, le bénéfice de la responsabilité limitée à son navire et au fret ; elle lui procure une faveur, mais à la condition que l'armateur s'en réclame et, s'il gardait le silence, il répondrait sur toute sa fortune, aussi bien maritime que terrestre, des engagements contractés par le capitaine dans ses fonctions ; en conséquence, le propriétaire peut renoncer à cette faveur légale et est alors grevé sur l'ensemble de ses biens. Cette renonciation peut d'ailleurs être expresse ou tacite ; seulement, si elle résulte des circonstances et non d'une manifestation expresse de volonté, il faut que les circonstances soient suffisamment précises pour qu'on puisse en déduire l'intention de l'armateur de renoncer à se prévaloir de l'article 216. C'est ainsi qu'il ne faudrait pas considérer comme

des renonciations à l'article 216 le fait par le propriétaire d'avoir entrepris un nouveau voyage avec son navire, malgré des poursuites entreprises par ses créanciers maritimes. L'armateur demeure en effet toujours le maître d'abandonner son navire. Il ne faudrait pas voir, non plus, une renonciation à l'abandon dans le fait par un propriétaire de vendre son navire à un tiers ; en pareil cas, l'abandon portera sur le prix, qui sera subrogé au navire, de même que l'hypothèque portant sur un immeuble se trouve transportée sur le prix pour l'application de la loi du 19 février de 1889. Enfin, il n'y a pas davantage de renonciation à l'abandon dans le fait par l'armateur de se laisser assigner en justice par les créanciers de son capitaine, et même d'être condamné sans qu'il ait opposé l'abandon au cours du procès. Quelle que soit, en effet, la condamnation qui l'atteigne, l'armateur peut encore opposer l'abandon jusqu'à l'époque où les créanciers maritimes, en vertu du titre exécutoire que leur donne le jugement, auront poursuivi un bien figurant dans sa fortune de terre, saisi, par exemple, un de ses immeubles. Si, réduit à cette extrémité, l'armateur ne déclare pas, dès le début de la saisie, sa volonté de recourir à l'abandon, il est forclos du droit de se prévaloir de l'article 216.

SECTION V. — Procédure de l'abandon.

Nous allons examiner successivement quelle est la procédure applicable à l'abandon, quels sont les droits qu'il

confère aux créanciers, et comment est organisé le concours établi entre eux sur le navire.

Généralement, l'armateur qui veut user de l'abandon adresse à ses créanciers maritimes, soit par exploit d'huissier, soit par voie de circulaire, une notification indiquant sa volonté de recourir à l'abandon et de se décharger, de cette manière, du passif contracté par le capitaine. D'autres fois, mais plus rarement, le propriétaire attend, pour prendre ce parti, qu'on le poursuive en justice et il se retranche derrière l'article 210 comme moyen de défense. Quant aux créanciers, ils ont le choix entre deux partis : ou bien ils acceptent l'abandon et celui-ci devient, alors, le résultat d'une convention ; cette convention déterminera le mode de liquidation du gage restreint dont ils doivent se contenter ; un liquidateur sera désigné pour vendre le navire ; ses pouvoirs, ainsi que la procédure à suivre, seront arrêtés d'avance.

Mais il se peut que les créanciers refusent d'adhérer à l'abandon ; il devient alors nécessaire de les y contraindre. Le tribunal de commerce rendra un jugement autorisant l'abandon et portant nomination d'un liquidateur. Cependant la jurisprudence écarte parfois cette manière de procéder et ne nomme pas toujours un liquidateur (Cf. Bordeaux, 16 fév. 1888, *Rev. int. de droit maritime international*, t. III, p. 516).

Ce qu'on peut regretter, dans la réglementation française de l'abandon, c'est que le législateur n'ait organisé aucune procédure de liquidation analogue au régime de la

faillite et permettant d'établir une certaine égalité entre les créanciers, en répartissant sur chacun, proportionnellement à l'importance de sa créance, la perte résultant de la restriction commune du gage. Les tribunaux belges procèdent autrement et ne manquent jamais de désigner un liquidateur. Mais il faudrait, pensons-nous, aller plus loin encore et conférer à l'armateur désireux d'abandonner son navire la faculté de demander au tribunal la nomination d'un liquidateur qui serait chargé de toutes les opérations concernant l'abandon, comme l'est un syndic de faillite.

Ce régime ne serait d'ailleurs pas inconciliable avec la théorie contemporaine, d'origine allemande, [d'après laquelle le navire serait une véritable personne morale qui aurait une existence et une fortune distinctes de celles de son propriétaire ; ce régime se comprendrait alors également ; il augmenterait les garanties de chacun et présenterait toujours cet avantage de faire peser également sur chaque créancier les conséquences de la limitation apportée à leurs droits.

Quels sont maintenant les pouvoirs dont disposent les créanciers sur le navire abandonné ? Deux opinions sont aux prises. D'après l'une, l'abandon est un transport de la propriété du navire aux créanciers : « Les créanciers, auxquels l'abandon du navire est fait, en deviennent propriétaires, de telle sorte qu'ils pourraient conserver le prix de la vente du navire, si, par hasard, il dépassait le montant des créances » (*Manuel de droit commercial*, 8^e éd.,

n° 884 ; cf. De Courcy, *Quest. de dr. mar.*, t. III, p. 279 et s.). En conséquence, si, une fois couverte, la valeur de leur créance, il reste un excédent disponible sur la valeur du navire (ce qui sera fort rare), les créanciers en acquièrent la propriété indivise et chacun obtient un droit égal à la valeur de sa propre créance. Sa condition de créancier se transforme en celle de copropriétaire, d'un 10^e par exemple, si sa créance représente un 10^e du passif ; les créanciers continueront désormais l'exploitation ou s'entendront pour arriver à la vente du bâtiment. Les partisans de cette opinion invoquent le terme même d'abandon, qui leur paraît caractéristique. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette expression, qui est usuelle, et qui n'est pas employée par le Code de commerce dans un sens différent de celui que lui donne le Code civil : c'est ainsi que l'héritier bénéficiaire évite l'obligation indéfinie au passif successoral en *abandonnant* tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires (art. 802). Il n'est pas douteux, cependant, qu'il en conserve la propriété. Dans l'article 1265, la cession de biens est définie comme correspondant à l'*abandon* qu'un débiteur consent de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes. Cependant la cession de biens, pas plus que le bénéfice d'inventaire, ne transmet la propriété aux créanciers. On ajoute, toutefois, en faveur du transfert de propriété, que l'acquisition ainsi réalisée par les créanciers est la juste compensation de la perte d'une partie de leurs droits. Mais il ne faut pas oublier que l'institu-

tion réglée par l'article 216 déroge au droit commun ; elle appelle, par suite, l'interprétation restrictive ; or, il ne résulte nullement du texte que le législateur ait entendu conférer aux créanciers la qualité de propriétaires. Il nous paraît donc préférable de soutenir, avec une doctrine opposée, que l'abandon n'investit les créanciers que de la détention du navire. Ils ont sur le bâtiment un droit comparable à celui que les créanciers de la faillite acquièrent sur l'ensemble de l'actif du débiteur. Personne n'a jamais songé à soutenir que les biens du failli soient dévolus à ses créanciers. Il ne saurait en être autrement pour le navire. Dans l'abandon, les créanciers maritimes conservent assurément le droit de saisie individuelle sur le navire, mais ce n'est pas cette particularité qui peut transporter le droit des créanciers sur le bâtiment. L'abandon a pour but de limiter la responsabilité du propriétaire, mais non d'accroître la situation des créanciers ; il détermine simplement la fraction du patrimoine du débiteur sur laquelle les créanciers maritimes seront admis à exercer des poursuites ; il n'équivaut pas à une dation en paiement. Telle est d'ailleurs l'interprétation admise en droit fiscal ; s'il y avait translation de propriété, le fisc n'aurait pas manqué de la frapper d'un droit proportionnel de mutation ; or, la convention prévue par l'article 216 n'est tarifée qu'au droit fixe (loi du 22 frim. an VII, art. 68).

Un autre argument conduisant à la même conclusion peut être tiré de la comparaison entre l'abandon et le dé-

laissement (art. 369, C. com.). Le délaissement est aussi un bénéfice qui consiste, pour un armateur assuré dont le navire est atteint par un sinistre majeur, à céder à l'assureur les débris de la chose assurée, contre la prestation de l'indemnité totale, qui est exigible au même titre que si le navire avait entièrement péri. Le délaissement emporte transfert de propriété au profit de l'assureur, mais la loi le dit alors d'une manière expresse ; aucune disposition analogue ne se rencontrant pour l'abandon, il faut en conclure qu'il n'implique pas la transmission de la propriété du navire et du fret (Desjardins, n° 297 ; De Sèze, *De la responsabilité des propriétaires d'un navire*, 1883, p. 182).

Du moment que l'abandon se ramène à un transfert, non de la propriété, mais de la possession, il correspond à une véritable cession de biens appliquée à une fraction seulement du patrimoine. De toutes les situations étudiées par le droit civil, c'est celle de l'héritier bénéficiaire qui présente la plus grande analogie avec la condition de l'armateur recourant à l'abandon ; tous deux cherchent à se garantir contre les conséquences d'un passif qu'ils n'ont pas personnellement contracté. Cette analogie est remarquable et n'est pas altérée par une différence dans le détail des deux institutions, résultant de ce que l'abandon, facultatif pour l'héritier bénéficiaire, est obligatoire pour le propriétaire du navire.

Ayant ainsi déterminé la nature de l'abandon, nous devons examiner une autre série de problèmes : suivant quel

rang et dans quel ordre les créanciers maritimes produiront-ils, en vue d'obtenir sur le navire des répartitions de dividendes ? D'abord, il est certain que l'abandon est, de sa nature, indivisible, et que, consenti à un seul des créanciers, il devient du même coup opposable à tous. Mais comment ce mode de libération accordé au débiteur va-t-il fonctionner ? La vente du navire aura lieu dans les formes prescrites dans le Code de commerce (tit. 2, liv. 2, modifié par la loi du 10 juillet 1885). Quant au fret, s'il a été déjà versé à l'armateur, il sera l'objet d'une restitution aux créanciers entre lesquels il sera ensuite distribué. Si le fret n'est pas encore recouvré, les créanciers seront subrogés aux droits de l'armateur.

Mais comment seront colloqués les créanciers sur la valeur des différents objets compris dans l'abandon ? Au premier rang viendront les créanciers maritimes ayant privilège sur le navire d'après l'article 191, c'est-à-dire l'équipage pour ses gages et loyers ; les affréteurs, créanciers de dommages-intérêts à raison des avaries subies par les marchandises par suite d'une faute du capitaine.

En deuxième lieu, seront colloqués, à la suite, tous les autres créanciers, pour contrats ou délits, dont le titre se rattache à l'exploitation du bâtiment. Les créances dont il s'agit excluront tout autre concours, parce qu'elles reposent sur un élément du patrimoine du débiteur qui a été la source du passif contracté, et elles ne peuvent se réaliser que sur l'élément d'actif qui leur a donné naissance. Ce groupe de créanciers bénéficie ainsi d'un privilège, qui

est comme la contre-partie de la restriction de leur gage ; s'ils ne sont pas admis à réaliser les différents éléments du patrimoine de leur débiteur, du moins ont-ils un droit exclusif sur celui qui constitue leur gage restreint.

Notons enfin que, par application du même principe, on sera amené à placer sur le même rang les créanciers qui ont traité avec le capitaine et ceux qui sont entrés en rapport avec l'armateur à l'occasion du navire. Les droits des uns et des autres ont la même origine : une relation juridique formée à l'occasion du navire. Toutefois les créanciers qui ont traité avec l'armateur jouiront d'une supériorité sur les autres : au cas où le navire ne suffirait pas à les désintéresser, ils auraient la faculté d'agir, pour le surplus, sur la fortune terrestre de l'armateur ; mais les deux classes de créanciers viendront également sur le navire ; il n'existe aucun motif d'accorder un droit de préférence sur le bâtiment aux créanciers qui ont traité exclusivement avec le capitaine. Comment songer à établir sur le navire des inégalités entre les divers créanciers maritimes, du moment que c'est toujours à l'occasion du navire que la convention s'est formée ?

Dans une troisième catégorie, et seulement au cas où il resterait un excédent sur le prix de vente du bâtiment, devraient figurer les autres créanciers de l'armateur, qu'il s'agisse de dettes terrestres ou de dettes provenant de l'exploitation d'un autre navire, et tous ces créanciers pourraient venir en concours sur l'excédent laissé libre après satisfaction des deux premiers groupes.

De la théorie de l'abandon se dégage une observation : c'est au regard des seuls créanciers dont le droit a pris naissance dans un acte licite ou illicite du capitaine que le patrimoine de l'armateur se décompose en deux séries de biens : la fortune de terre et la fortune de mer. L'unité du patrimoine est rompue tant que les créanciers maritimes n'auront pas été désintéressés ; c'est seulement après qu'ils auront reçu satisfaction que le principe de l'article 2092 reprend son empire et que la cohésion se rétablit entre les biens du débiteur au point de vue du droit de poursuite des créanciers. Nous avons ainsi examiné une exception légale considérable à ce principe fondamental. Limitée dans son champ d'action, cette dérogation n'en constitue pas moins une manifestation tangible de cette idée, qu'il est possible de restreindre le gage des créanciers et que l'intérêt général l'exigerait le plus souvent.

CHAPITRE II

L'ACTION DES SOCIÉTÉS DE CAPITALS ; LA LIMITATION DU GAGE DES CRÉANCIERS SOCIAUX.

SECTION I. — Restriction résultant de la forme anonyme ou en commandite.

Lorsqu'une personne, doutant de ses propres forces pour assurer le succès d'une entreprise, ou voulant limiter à l'avance les conséquences de cette entreprise, constitue une société en commandite simple ou par actions et demande à sa collaboration avec ses associés les résultats qu'un effort individuel serait impuissant à obtenir, une double limitation est apportée au gage de ses créanciers ; en premier lieu, les biens qu'elle apporte dans la société échappent désormais à l'action de ses créanciers antérieurs, et, pour l'avenir, forment par préférence le gage qui répond des dettes sociales. Les obligations étrangères à la société que cette personne souscrira par la suite ne seront exécutoires sur sa part sociale qu'après désintéressement du passif de la société. En même temps, les créanciers sociaux acquièrent pour gage exclusif l'ensemble des mises des actionnaires, sans pouvoir prétendre au surplus des biens de ces derniers non engagés par eux dans la société.

La responsabilité limitée, qui s'attache à la commandite

et à l'action, est nécessaire pour permettre le développement des grandes entreprises industrielles et commerciales. Le type des sociétés de personnes en nom collectif n'aurait pu permettre d'atteindre le but que l'on poursuit dans nombre d'affaires. Si les associés avaient toujours été tenus des dettes contractées par la société suivant le droit commun, même au delà de leur mise et indéfiniment, peu de personnes auraient consenti à assumer les conséquences d'obligations aussi lourdes. Aussi la législation commerciale a-t-elle imaginé de bonne heure une forme de société qui fût de nature à rassurer les personnes se proposant d'y entrer. Le régime de la société civile, où prévaut la règle de l'obligation conjointe, mais indéfinie, devait être nécessairement remplacé par celui de sociétés d'une autre nature, dont chaque membre ne put être tenu du passif social, même dans la limite de sa part, indéfiniment.

Pour se rendre compte de la supériorité que le droit du commerce présente à cet égard sur la législation civile, il suffit de rappeler les traits caractéristiques de celle-ci : Indépendamment de la défense, pour chaque associé, de céder son titre, sans le consentement de ses co-associés (art. 1869), et de l'impossibilité pour la société de survivre à tout événement qui vient atteindre l'un quelconque de ses membres dans sa personnalité (mort, interdiction, déconfiture, faillite), les associés sont obligés envers les créanciers sociaux, chacun pour leur fraction virile ; en outre, à concurrence de ce chiffre, ils sont tenus sur tout

leur patrimoine. De là, un risque de ruine qui n'est pas de nature à attirer les capitaux et à les engager à se placer en parts sociales.

Tout à l'opposé des sociétés civiles, il existe d'autres formes de sociétés qui rendent le fardeau des dettes sociales bien moins lourd pour les adhérents. L'associé n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ; au-delà, il est affranchi de toute obligation. Le principe d'un engagement dépassant les limites de l'action, est incompatible avec la nature du titre qui est délivré à l'associé. Si, exceptionnellement, on rencontre dans quelques législations contemporaines une conception différente, d'après laquelle l'action serait organisée sur d'autres bases, et pourrait engendrer à la charge de son titulaire une responsabilité plus lourde, ces particularités tiennent à des circonstances économiques spéciales et s'expliquent par le motif que des groupements de ce genre sont plus ou moins animés d'un esprit de coopération.

Il en est ainsi dans le Code de commerce allemand de 1900, où les articles 242 et suivants autorisent les statuts d'une société anonyme à exiger des actionnaires, en dehors de leurs mises de fonds, des prestations périodiques. Sans doute, celles-ci ne doivent pas, en principe, consister en numéraire ; mais comme, à défaut de réponse à l'appel de la société, les défaillants peuvent être tenus de payer une indemnité à titre de satisfaction, les prestations dont il s'agit se rapprochent nécessairement d'une dette à acquitter en argent (art. 242 et s.). Cette disposi-

tion a été adoptée en Allemagne en raison de certaines pratiques suivies dans l'agriculture ou dans les industries qui s'y rapportent ; il existe, en effet, dans certaines régions de la Prusse, des groupes de propriétaires fonciers, qui forment entre eux des sociétés et prennent l'engagement de cultiver chaque année une étendue de terrain proportionnelle au nombre d'actions qu'ils possèdent. Dès lors, faute de satisfaire à cette obligation, les membres de sociétés de cette nature peuvent être poursuivis indéfiniment sur leur patrimoine, en réparation du dommage que le manquement à la parole donnée a occasionné à la société. Mais il importe de remarquer que des règles de ce genre sont en complète opposition avec les caractères de l'action. Le législateur allemand a d'ailleurs compris ce qu'il y a d'anormal à édicter des mesures aussi extensives de la responsabilité. Elles ne peuvent être introduites dans les statuts sociaux, qu'avec le consentement unanime des actionnaires (art. 276). Les précautions ainsi prises pour l'insertion dans le pacte social, de règles extensives de la responsabilité ordinaire de l'actionnaire, démontrent bien qu'en principe ceux-ci bénéficient d'un risque limité.

La conséquence est que, de droit, les créanciers de la société anonyme et en commandite par actions, ne possèdent qu'un gage restreint. Il est vrai qu'à titre de compensation et dans des conditions que nous avons déjà rencontrées au cours de notre étude sur l'abandon, du droit maritime, l'existence de la personnalité morale leur con-

fère la certitude que, sur les biens sociaux, ils n'auront pas à subir le concours des créanciers personnels des associés.

La responsabilité limitée n'est point d'ailleurs une faveur que la loi a accordée aux porteurs d'actions ; elle apparaît comme un corollaire nécessaire de la cessibilité de ces titres, qui peuvent se transmettre de l'un à l'autre, sans que les autres membres de la société aient le droit d'opposer un veto à la transmission. Du moment qu'un des adhérents demeure libre de se désintéresser de l'entreprise que tous exploitent en commun et de substituer à lui-même un autre individu inconnu de ses co-associés, il importe que ces derniers acquièrent la certitude qu'ils ne supporteront pas les conséquences de cette substitution de personnes, plus particulièrement au point de vue de l'acquit du passif social. Dès lors que l'action est négociable comme une marchandise, le corollaire inévitablement lié à cette facilité de circulation, est la restriction du gage que le titulaire peut offrir aux créanciers.

Cet avantage de l'action, dû à la limitation de la responsabilité, a paru si frappant, que la législation civile a été tentée d'emprunter ce type de part sociale au droit commercial. Il est en effet des sociétés civiles dont les entreprises présentent une importance et des risques également considérables. Aussi est-il facile de comprendre que ces entreprises aient cherché à s'attribuer, dans leurs statuts, tout ou partie des caractères par lesquels les sociétés de capitaux se différencient des sociétés de personnes. La

faculté de limiter l'action des créanciers au capital social étant une des causes pour lesquelles les sociétés commerciales ont acquis un si prodigieux développement au cours du XIX^e siècle, certaines sociétés civiles ont entendu également profiter de ces avantages.

Elles ont invoqué le principe de la liberté des conventions et elles ont soutenu que le droit commun les autorisait à emprunter quelques-unes des clauses qui constituent les traits fondamentaux des sociétés de capitaux. Ainsi il arrive souvent que les statuts de sociétés, nettement civiles par leur objet, par exemple constituées pour l'exploitation d'immeubles, insèrent dans leur pacte social une clause, qui tend à devenir de style, et dont la rédaction est la suivante : « Chaque actionnaire n'étant tenu des dettes et engagements de la société que jusqu'à concurrence du montant de son action, les tiers, créanciers personnels de la société, ne pourront exercer leurs droits de poursuites que sur l'actif social. En conséquence, tous actes portant engagement au nom de la société devront rapporter textuellement la présente disposition, à défaut de quoi les membres qui les auront signés ou autorisés seront seuls responsables au-delà de leur part sociale. » Quelquefois on ne définit pas la nature du titre qui est attribué à chaque associé ; on se contente de le rapprocher de l'action par la description de ses caractères essentiels, et notamment de l'obligation limitée ; d'autres fois, les statuts, plus explicites, emploient formellement l'expression d'actions. Il s'agit de parts librement cessibles et restrei-

gnant à leur montant nominal la responsabilité de leur titulaire. Toutefois, les statuts n'empruntent pas à la société par actions tous ses traits essentiels ; notamment ils n'indiquent pas expressément qu'ils se réfèrent aux règles de l'anonymat ou de la commandite et ils désignent la société par l'objet de l'entreprise.

Lorsque des procès se sont élevés au sujet de l'étendue de la responsabilité des associés, la jurisprudence a été fort embarrassée pour décider si de semblables clauses, qui viennent singulièrement restreindre le gage des créanciers sociaux, devaient être reconnues valables. En 1903, la difficulté a été résolue dans deux sens différents par deux cours d'appel, qui ont eu à connaître de litiges analogues à peu près à la même époque. Par un arrêt du 20 mai 1903, la Cour de Montpellier se prononça pour la validité d'une semblable clause. Il est vrai qu'elle admit, par une interprétation de fait de l'ensemble des statuts sociaux, que la clause tendant à limiter l'étendue de l'obligation des associés n'était pas très précise à ce point de vue et que, malgré cette stipulation, les créanciers avaient conservé le droit d'agir sur les biens individuels des adhérents. Mais la Cour de Besançon décida, au contraire, le 27 mars 1903, qu'une semblable société ne pouvait être reconnue valable parce qu'elle cherchait à profiter des avantages réservés aux sociétés par actions, sans s'être conformée aux formalités de constitution destinées à constituer la garantie des tiers et qui sont indispensables, toutes les fois que la poursuite des créanciers est restreinte dans son étendue.

(Dalloz, 04, 2, 241 ; Cf. Chéron, *Des sociétés civiles qui se constituent avec certains caractères des sociétés de capitaux sans observer les formes prescrites par la loi commerciale*, *Annales de droit commercial*, 1905, p. 199 et s.). Toute la réglementation des sociétés par actions est organisée en vue d'éviter des fraudes possibles aux droits des tiers. La constitution d'une personne civile, dont le patrimoine n'est formé que de l'ensemble des biens qui appartiennent à chacun de ses membres, et qui permet cependant à ceux-ci de s'exonérer d'une responsabilité indéfinie, n'est sans danger pour le crédit que si elle est entourée de formalités protectrices destinées à prévenir les tiers des restrictions apportées à leur gage, et à constituer ainsi une sauvegarde efficace de leurs droits. Notamment, avec la publicité qui accompagne les formalités constitutives et la rédaction des statuts, les tiers sont fixés sur la portée de leur gage éventuel et ils possèdent les données les plus complètes sur les bases du crédit qu'ils peuvent accorder à la société. Nous pensons même que les tiers sont dans une situation plus nette et plus précise, et partant plus avantageuse, lorsqu'ils traitent avec une société à capital connu que lorsqu'ils traitent avec un individu dont les ressources sont toujours incertaines et parfois factices.

Mais il est nécessaire qu'il n'y ait aucun doute sur l'étendue du patrimoine que la société va offrir en gage à ses créanciers : c'est pourquoi toute la réglementation des sociétés par actions n'a pas d'autre but que de garantir le public contre les pièges que pourraient leur tendre les fonda-

teurs, et cette réglementation comprend au premier chef des mesures de publicité ; grâce à ces précautions, les tiers sont, à chaque instant utile, renseignés sur la structure de la société, sur les garanties qu'elle leur offre, et sur les modifications que les assemblées décident d'y introduire.

Ces considérations expliquent l'hésitation des tribunaux à sanctionner une innovation aussi hardie que celle consistant, de la part des sociétés civiles, à s'efforcer de limiter la responsabilité de leurs membres. Dans un procès relatif à une société à objet civil, constituée depuis 1893, sans raison sociale, et dont les associés n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs parts, constatées par des certificats au porteur ou nominatifs au gré des titulaires, le Tribunal de la Seine décida, le 25 mai 1903, que, sous le couvert d'une société civile, on se trouvait en présence d'une véritable société par actions constituée, par fraude, en contravention aux règles de la loi du 24 juillet 1867, et que cette société devait être tenue pour nulle indépendamment des sanctions pénales encourues par les fondateurs, en vertu de l'article 13 de la loi de 1867 (*Journal des Sociétés*, 1904, p. 272). Mais comment concilier cette décision avec un autre jugement rendu par le même tribunal, le 24 décembre 1903, dans le sens de validité d'une société, qui se caractérisait par les traits suivants : Le capital était divisé en 140 parts nominatives ; mais un article des statuts décidait que la société pourrait commencer ses opérations dès que 13 de ses parts seraient souscrites ; d'un autre côté, il était convenu que les associés ne répon-

draient de l'actif social que jusqu'à concurrence du montant de leurs parts, et que les administrateurs ne pourraient être poursuivis à raison de leurs engagements, que dans la limite des biens sociaux. Le rapprochement de ces différentes dispositions semblait probant et autorisait à conclure à l'existence d'une véritable société par actions formée sans l'observation des règles de la loi de 1867. Le tribunal ne crut pas cependant devoir se rendre à cette opinion et il admit la validité (*Journal des Sociétés*, 1904, p. 279, et Cour de Paris, 6 juillet 1905, même *Journal*, 1905, p. 39).

Toutes ces hésitations appelaient une décision de la Cour suprême. Celle-ci est intervenue, en effet, et un arrêt du 14 janvier 1905 dispose que la société civile, qui veut constituer à ses membres la condition privilégiée des actionnaires du droit commercial, doit observer la loi du 24 juillet 1867, sous peine d'être illégale et d'entraîner pour les fondateurs les peines prononcées contre ceux qui, par fraude, cherchent à se dérober à l'application de la loi fondamentale en cette matière (*Journal des Sociétés*, 1905, p. 245). Cet arrêt a été rendu pour une société constituée depuis la loi de 1893. Il émane de la chambre criminelle de la Cour suprême.

La question ne peut, d'ailleurs, faire difficulté que pour les sociétés qui se sont créées avant la loi du 1^{er} août 1893 et qui, bien qu'ayant un objet civil, désirent emprunter certains des caractères distinctifs des sociétés anonymes. Avant la loi de 1893, il arrivait fréquemment que de

grandes entreprises à objet nettement civil, comme l'achat ou la construction d'un immeuble, l'exploitation d'une mine ou la construction d'un canal, se constituaient avec une clause de leurs statuts qui restreignait expressément l'obligation de chaque adhérent au montant de sa mise. Le but poursuivi par des entreprises de ce genre était facile à apercevoir. Par son objet même, la société n'était pas de nature à fournir immédiatement des bénéfices aux personnes qui consentaient à y entrer. Il devenait donc nécessaire d'imaginer des combinaisons ingénieuses ayant pour résultat d'attirer les capitaux. En délivrant aux adhérents des parts assimilées à des actions, la société leur procurait immédiatement le double avantage, d'abord de pouvoir s'affranchir de tout lien avec l'entreprise, dès que pour un motif quelconque ils désireraient porter ailleurs leur argent, et, en outre, elle leur ouvrait la perspective rassurante de n'être jamais astreints à une responsabilité indéfinie pendant qu'ils feraient partie de la société. Si les parts sociales n'avaient pas revêtu une semblable forme, des obstacles immédiats auraient sans doute entravé le fonctionnement des entreprises de ce genre. La société eût été obligée de faire appel à l'emprunt pour réunir des capitaux que le nombre limité de ses membres ne lui aurait pas permis de se procurer, quelle que fût d'ailleurs la fortune personnelle de chacun d'eux. Or, la réalisation d'un emprunt aurait accru immédiatement les charges sociales et diminué par là-même les bénéfices espérés par les associés. La présence d'obligataires était ainsi évitée et la so-

ciété, n'étant pas embarrassée dans sa marche par le poids d'un emprunt contracté dès l'origine, comptait atteindre plus facilement le but en vue duquel elle avait été créée.

Mais de semblables combinaisons, fort avantageuses pour la société, ne venaient-elles pas heurter le texte de la loi et renouveler le péril auquel le législateur de 1867 avait voulu soustraire le public en face des manœuvres des sociétés anonymes ? Lorsque, à l'époque antérieure à 1867 et même à 1893, pour les petites sociétés par actions, d'un capital inférieur à 20 millions, l'entreprise avait la faculté de se constituer librement, sans être tenue de respecter aucune règle protectrice de l'intérêt des tiers, le public avait fréquemment à se repentir de placements qu'il avait consentis avec d'autant plus d'enthousiasme, que le risque paraissait limité et les chances de gain indéfinies. Les fondateurs de sociétés douteuses avaient alors beau jeu pour exploiter la confiance des rentiers, et nombreuses étaient les personnes qui s'étaient laissées spolier en confiant leurs capitaux à de louches entreprises. Dès lors, permettre à des sociétés civiles, par l'emploi de clauses plus ou moins vagues, de faire renaître les périls auxquels le législateur de 1867 avait entendu soustraire l'épargne, n'était-ce pas mettre trop facilement en échec une loi qui présentait tous les caractères d'une réglementation d'ordre public, puisqu'elle avait pour objet de rendre impossibles la fraude et l'escroquerie ? Aussi l'existence de sociétés, civiles de leur nature, mais désireuses néan-

moins de se procurer les facilités du droit commercial, avait-elle paru dangereuse pour l'épargne. Incontestablement la liberté des conventions permettait, même avant 1893, aux sociétés civiles, d'emprunter certains traits des sociétés de capitaux, notamment de prévoir la continuation de l'entreprise en cas de décès d'un associé avec les héritiers de ce dernier ; mais, de là à autoriser les adhérents à s'exonérer de toute obligation indéfinie vis-à-vis des créanciers sociaux, il y avait un pas immense à franchir et l'obstacle paraissait d'autant plus difficile à surmonter, que, si la première clause était inoffensive pour les tiers, celle qui assimile la part sociale à une action semble, au contraire, de nature à porter atteinte à leurs droits les plus légitimes.

Dès lors, la jurisprudence ne se montrait pas disposée à accepter la validité de stipulations semblables dans les statuts ; elle avait barré la route à la première tentative faite dans ce sens. Des sociétés avaient cherché à atteindre, par une voie indirecte, la restriction du gage des créanciers, en conférant aux parts sociales la forme commerciale de transmission, c'est-à-dire en leur donnant l'aspect de titres nominatifs, à ordre ou au porteur. Par là elles s'acheminaient insensiblement vers l'obligation limitée des porteurs de ces parts. En effet, même en supposant conservée l'obligation indéfinie de chaque associé, celle-ci ne correspond plus à aucune réalité, dès que, à raison de la forme du titre qui constate la part sociale, l'associé, inconnu des créanciers, demeure libre en fait de s'affranchir,

en ne dévoilant pas son incognito, de toute poursuite en règlement du passif. La délivrance de certificats à ordre ou au porteur aux associés équivaut donc à une véritable négation de la responsabilité illimitée qui plane, en droit civil, sur leur patrimoine, selon les termes mêmes de l'article 1863 (Douai, 24 juillet 1901, *Journal des Sociétés*, 1902, p. 255). Déjà, dans un article publié par la *Revue critique* (1885, page 450), M. Lacour avait démontré que la forme par actions est incompatible avec la société de personnes, parce que la mise au porteur de ces titres rend illusoire la responsabilité indéfinie des associés. Dès lors, la jurisprudence aurait donné un véritable démenti à ces décisions, si elle avait accepté la validité des clauses plus explicites, par lesquelles les statuts limitaient à un certain chiffre l'obligation des adhérents. On avait remarqué, avec grande raison, que la publicité n'existant pas en droit civil, comme dans la législation commerciale, pour renseigner les tiers sur la consistance exacte du gage qui leur est offert, il était impossible d'autoriser les sociétés civiles à se placer sur un terrain qui échappait à leur domaine. Aussi la Cour de cassation déclarait-elle, le 21 février 1883, que toute disposition restrictive de l'engagement des associés était inopérante au regard de toute personne autre que ces derniers (D. 83, 1, 217 ; S. 84, 1, 361). Le seul moyen pour la société de conférer la validité à la clause qu'elle essayait d'introduire, c'était, accentuant l'assimilation, revendiquée par elle, avec la législation du

commerce, de se soumettre à la publicité organisée pour les sociétés anonymes.

Tel était le critérium que la jurisprudence avait adopté lorsqu'elle était appelée, avant 1893, à statuer sur la validité de ces combinaisons : toutes les fois que les tiers avaient été mis au courant de la stipulation, qui était de nature à leur porter éventuellement préjudice, celle-ci leur devenait opposable. Par exemple, la circonstance que la société avait inséré la clause litigieuse dans des documents délivrés par elle au public, dans un prospectus, un certificat d'obligations ou pièce de correspondance, était considérée comme équivalant à la reconnaissance par les tiers de la limitation du risque social ; dès lors, toute poursuite au-delà de la limite fixée et tacitement ou expressément acceptée, n'avait plus sa raison d'être (Epernay, 19 février 1892, *Journ. Soc.*, 1894, p. 482 ; Toulouse, 9 février 1899, *Journ. Soc.*, 1899, p. 448 ; Cass., 26 juin 1900, *Journ. Soc.*, 1901, p. 41 et s., 1901.1.329). Toutefois la jurisprudence décidait avec raison que la publicité requise pour informer les tiers de l'existence de la clause restrictive devait être de nature permanente, résulter de documents parvenus à leur connaissance ; mais que la publicité par acte au greffe, efficace dans le commerce, était inopérante en matière civile, attendu qu'elle ne présente pas le caractère d'un mode d'information légal au regard des tiers, pour toute société dont la nature n'est pas commerciale (Rouen, 16 juin 1890, *Revue des Sociétés*, 1891, p. 261). En résumé, les tribunaux validaient ou infirmaient

la clause, suivant qu'en fait, elle avait été connue ou ignorée des tiers (Cass., 18 novembre 1902, D. 04. 1. 417, note de M. Thaller, et 13 juin 1904, D. 05. 1. 25, note Percerou). La protection des créanciers sociaux était ainsi conciliée avec les facilités cherchées par la société.

De cette manière, la jurisprudence protégeait assurément les créanciers de la société contre le préjudice qu'aurait pu leur occasionner la restriction de leur gage ; mais il y avait une autre catégorie de personnes dont les intérêts n'étaient point sauvegardés : c'étaient les associés eux-mêmes, qui entraient dans l'entreprise sur la foi des bénéfices qui leur étaient garantis par les prospectus, alors que souvent l'affaire avait été mal étudiée, n'était pas de nature à procurer les avantages espérés et occasionnait de véritables pertes aux personnes qui n'avaient point été prémunies contre les manœuvres des fondateurs. Les mesures prises par la loi commerciale pour soustraire les souscripteurs à l'exploitation des fondateurs, manquaient totalement, en effet, pour la constitution d'une société civile. La loi du 1^{er} août 1893, en ajoutant un nouveau texte, l'article final, à la loi de 1867, est venue combler la lacune de la législation antérieure, et désormais toute société civile qui emprunte au droit commercial les avantages de la forme anonyme est tenue d'observer, dans son organisation, les garanties instituées par la loi de 1867 (souscription intégrale du capital, versement du quart, déclaration officielle de ces faits, assemblées constitutives, vérification des apports en nature et des avan-

tages particuliers). L'intention certaine du législateur a été d'obliger les dites sociétés à observer, à peine de nullité, les mesures prescrites pour les sociétés du droit commercial. Dans la discussion de la loi de 1893, le projet qui avait été présenté au Sénat en 1883 contenait un article 89 aux termes duquel « les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions doivent se conformer aux prescriptions de la présente loi, sous les mêmes sanctions civiles ou pénales » (Exposé des motifs *J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, janvier 1884, p. 1097). Or, en 1890, un nouveau texte fut présenté par les auteurs de la proposition déposée à la Chambre ; d'après l'article 68 du projet « les sociétés civiles peuvent se constituer sous la forme de sociétés anonymes, avec les conséquences que cette forme entraîne, mais sans perdre leur caractère civil. Elles doivent, en ce cas, se conformer aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, sous les mêmes sanctions civiles ou pénales » (Exposé des motifs, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, février 1892, p. 2923). Mais ce texte fut rejeté par la commission de la Chambre et certains auteurs ont voulu interpréter cet incident des travaux préparatoires comme entraînant une conséquence importante quant à la validité de la société : à supposer que celle-ci, d'objet civil, ne se soit pas conformée aux règles du commerce, dans sa constitution, aucune sanction n'est encourue ; la société demeure valable, seulement, au lieu d'être traitée comme commerciale, elle conserverait sa nature civile et, par suite, comporterait l'obligation indéfinie de chacun des

associés au passif, pour sa part virile (Houpin, *Journal des Sociétés*, 1904, p. 241 et s. et Sir. 04. 2. 241).

En réalité, cette interprétation n'est pas conforme au but poursuivi par le législateur. Un passage des travaux préparatoires le prouve suffisamment. Le rapporteur de la loi à la Chambre, M. Clausel de Coussergues, a caractérisé de la manière suivante le but que l'on se proposait d'atteindre : « Il faut choisir, être société civile, ou être société commerciale, être régi par une loi ou être régi par une autre, avec les bénéfices et les charges respectifs de l'une ou de l'autre : ou rester sous l'empire de la loi purement civile, avec la garantie pour les tiers, de la responsabilité individuelle des associés ; ou bénéficier de la limitation des pertes aux apports déterminés, mais sous les garanties correspondantes de la juridiction commerciale, de la tenue des livres, enfin de la déclaration de faillite » (*J. off., Doc. parl.*, Chambre, 1892, p. 966).

Or, parmi les garanties de la juridiction commerciale figurent toutes les règles relatives à la sauvegarde des intérêts des associés, comme de ceux des tiers, par les précautions prises pendant la constitution. Si une seule de ces formalités était négligée, les actionnaires pourraient être exposés à des dangers sérieux. Il serait inadmissible, dès lors, que la société qui n'a pu réussir à se constituer sous la forme commerciale pût garder une valeur en tant que société civile et échapper à la cause de nullité et aux sanctions qui auraient atteint une société commerciale, où les règles essentielles n'auraient pas été observées. La

sécurité du crédit, la nécessité de protéger, pour ainsi dire, contre lui-même, le capital qui trop souvent est porté à se diriger du côté des entreprises nouvelles, commandant la nullité, si les avantages de l'anonymat ont été recherchés sans que les fondateurs se soient astreints à observer les règles qui en forment la contre-partie. Comme l'observe, avec raison, M. Chéron, si une société à objet civil s'est constituée sous la forme anonyme et que quelques-unes des prescriptions du droit commercial n'aient pas été exécutées, toute solution tendant à la maintenir comme société civile ne peut qu'engendrer des résultats dangereux à la fois pour les associés et pour les tiers. Par exemple, si c'est le versement du quart qui n'a pas été exigé sur tous les titres, on autorisera les souscripteurs qui n'ont rien versé à provoquer une hausse factice des cours, au préjudice des actionnaires qui se sont libérés de leur quart, et qui sont d'autant plus grandement exposés que leur engagement, sans qu'ils s'en doutent, est indéfini.

Mais très souvent les sociétés civiles, même depuis 1893, en vue d'éviter le respect des formalités que la pratique et la justice leur imposent, essaient d'insérer dans leurs statuts des clauses équivalentes à celles qui constituent les caractères essentiels de l'anonymat, sans toutefois que l'expression soit prononcée, et elles s'efforcent de conserver, en apparence du moins, l'aspect civil. Il est incontestable qu'en semblable hypothèse la rédaction des statuts doit d'abord être examinée avec soin. Tous les termes doi-

vent en être minutieusement pesés, en vue d'apprécier si le titre dont s'est qualifiée la société n'est pas erroné et ne renferme pas en réalité une véritable société anonyme. Incontestablement, la circonstance que les parts d'associés sont cessibles et ont été dénommées actions dans les statuts, ne suffit pas, à elle seule, à astreindre la société à l'observation des règles de la loi de 1867. M. Thellier de Poncheville l'a déclaré à la Chambre, dès sa proposition de 1890 : « Nous n'entendons pas obliger indistinctement toutes les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions, quelle que soit leur forme, à se conformer aux prescriptions de la loi spéciale. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'aller jusque-là. Un grand nombre de sociétés, notamment des sociétés minières, ont divisé leur capital en actions, créé des titres facilement transmissibles, sans adopter pour cela la forme de l'anonymat ni celle de la commandite. Il suit de là que leurs membres restent personnellement responsables du passif vis-à-vis des tiers dans les termes du Code civil et jusqu'à concurrence de leur part virile. Pourquoi contraindre ces sociétés à enlever à leurs créanciers cette garantie et à se plier à des formes moins rassurantes pour les tiers ? Nous laissons donc le choix aux sociétés existantes, comme aux sociétés à créer, de se contenter, à leurs risques et périls, de cette forme innomée, mais consacrée par l'usage, ou de se placer sous l'empire de la loi de 1867 avec ses bénéfices et ses charges » (*J. off., Doc. parl., Chambre, 1890, p. 125*). Le texte du projet présenté au Sénat en 1883 (art. 89) était

beaucoup plus sévère, puisqu'il obligeait toutes les sociétés civiles désireuses de diviser leur capital en actions à se conformer aux prescriptions de la loi de 1867.

Le problème consiste en effet à concilier la responsabilité des associés avec les commodités qui peuvent résulter de l'emprunt des formes du droit commercial. Or, dans une société constituée par voie de souscriptions, quant à l'étendue de leur responsabilité, les associés, répondant du passif par parts viriles, ont intérêt à connaître exactement leur nombre, pour savoir dans quelle mesure ils sont tenus de partager les risques sociaux. En outre l'obligation d'observer les règles de la loi de 1867 présenterait cet avantage de soumettre à la vérification les apports en nature et les avantages particuliers. Si la société, malgré le fractionnement de son capital en parts dénommées actions, demeure civile, il va s'en suivre qu'aucune des mesures de sauvegarde commandées par la loi de 1867 ne va recevoir son exécution. Or, on sait que l'un des principaux obstacles qui peuvent s'opposer à la prospérité d'une société naissante, c'est le poids des charges qui la grèvent dès son début ; pour y faire face, il importe, surtout dans la période initiale, de posséder des capitaux disponibles. Si la société est composée d'associés qui ont effectué des apports en nature, le danger réside en ce qu'une évaluation exagérée aura pu être attribuée à ces apports ; dès lors, le capital ne correspondra pas en réalité au chiffre qui lui est assigné et la société se trouvera, dès le début, dans l'impossibilité de poursuivre son exploitation parce qu'elle

ne possédera pas les disponibilités nécessaires à son succès. Dès lors, aussi bien dans l'intérêt des associés qu'au regard des tiers, l'observation de la loi de 1867 pour toutes les sociétés qui empruntent la forme par actions apparaît comme présentant la plus grande importance.

Sous l'empire de ces considérations, on semble amené facilement à conclure que toute société à objet civil, dont les titres revêtent la forme négociable, doit tomber par là même sous l'application des lois de 1867 et 1893. Il est impossible, en d'autres termes, de jouir des avantages de l'anonymat sans s'attendre du même coup aux charges qui en dérivent. Nous avons cru devoir insister sur ce point parce que, si le texte ajouté en 1893 à la loi de 1867 porte clairement que toutes les sociétés en commandite ou anonymes, constituées après le 1^{er} août 1893, seront commerciales et soumises aux lois dérivant de leur nature, le même texte ne spécifie pas clairement que toute société qui se bornerait à emprunter quelques-uns seulement des caractères de l'anonymat ne peut s'exonérer des formalités édictées en 1867 et en 1893. En tout cas, si la simple faculté de cessibilité conférée aux parts sociales est de nature à soulever des difficultés et n'aboutit pas péremptoirement à la nécessité d'observer les lois précitées, il ne semble pas douteux que la question change d'aspect et que cette observation doit être impérieusement suivie, quand, à la forme négociable des parts sociales, vient s'adjoindre une clause limitant la responsabilité des associés. Cette clause n'a pas besoin, d'ailleurs, d'être ex-

presse, elle peut fort bien être tacite et résulter de la mise des actions au porteur. Lorsqu'il en est ainsi, on peut dire que les actionnaires peuvent très facilement échapper à toute responsabilité, en transmettant leurs titres de la main à la main ; or des personnes qui sont autorisées si facilement à s'affranchir de leurs obligations, par une cession rapide et clandestine du titre qui leur imposait des charges, ne peuvent pas être considérées en fait comme encourant véritablement la responsabilité des engagements sociaux. Soit que les statuts expriment en termes formels que la responsabilité des associés est limitée à un certain chiffre, soit que, muets sur cette question, ils permettent simplement la mise au porteur, dans les deux cas, la conséquence certaine, c'est qu'il ne peut y avoir obligation sérieuse et indéfinie des associés aux dettes sociales ; d'abord le porteur présent du titre est inconnu des créanciers, ils n'ont aucun moyen de le découvrir, le secret des opérations de l'agent de change constitue un obstacle à la révélation de son identité. Enfin, comment poursuivraient-ils les anciens détenteurs de l'action, puisque ceux-ci ont disparu à leur tour et qu'ils sont dispersés également dans la masse du public ? Des associés qui cherchent ainsi à se prémunir contre les conséquences éventuelles de leurs engagements réduisent véritablement le gage sur lequel leurs créanciers étaient en droit de compter. De semblables clauses doivent donc être rendues publiques, sous peine de porter en elles le germe d'un grave préjudice causé aux tiers.

Même en admettant que des clauses de ce genre, non révélées au public, ne possèdent aucune efficacité, elles n'en sont pas moins dangereuses pour les associés eux-mêmes. Parmi ceux-ci, il y en aura fatalement qui seront lésés, le cas échéant, par l'existence d'apports en nature ou d'avantages particuliers dont aucun contrôle n'aura garanti la sincérité ou la légitimité. La conclusion s'impose : qu'une société à objet civil emprunte pour ses titres la forme des actions, c'est là, assurément, une combinaison de nature à lui être des plus utiles : la limitation de la responsabilité et la facilité de la transmission des parts sociales sont les deux avantages principaux grâce auxquels les vastes sociétés du monde industriel ou commercial ont pu se répandre au cours du siècle dernier, et drainer à elles les capitaux nécessaires pour monter les entreprises les plus colossales. Mais, en pareil cas, la société s'est placée sous la loi du commerce, elle doit donc se conformer à ses règles, protectrices des droits des tiers et des associés eux-mêmes ; soit qu'une clause expresse limite la responsabilité des actionnaires, soit même qu'en l'absence d'une semblable stipulation, il y ait simplement adoption de la forme au porteur pour les titres sociaux. Dans les deux cas, la société s'est ainsi placée sous le domaine des lois de 1867 et 1893 et elle doit, à peine de nullité, en respecter les règles. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Chéron (article précité, p. 211), la solution contraire aboutirait à de véritables injustices, à des surprises des plus pénibles pour les souscripteurs qui,

ignorants de la loi, seraient entrés dans de semblables sociétés sur la foi des bénéfices espérés et de la responsabilité limitée. Toute leur fortune pourrait être compromise et ce résultat se produirait sans qu'ils l'aient directement provoqué. En effet, dans toute société, quelle qu'elle soit, il y a des associés qui sont qualifiés pour agir au nom de la personne morale. Ils procèdent aux actes d'exploitation courante, ils passent les contrats quotidiens et par là contractent des obligations nombreuses dont la masse des associés n'a même pas conscience ; ces derniers se trouveraient donc, sans le savoir, liés à de lourds engagements dont ils n'auraient jamais consenti à assumer les suites. Seule la procédure voulue par les lois de 1867 et 1893 est de nature à préserver les adhérents, comme les tiers, contre ces véritables pièges. La restriction du gage est sans doute possible, mais l'observation des règles strictes de la loi du commerce est indispensable pour atteindre ce résultat. Il ne faut jamais perdre de vue la différence entre le régime des sociétés de commerce et celui des sociétés civiles au point de vue des droits des associés envers les tiers.

D'ailleurs, nous ne sommes pas en présence de règles d'ordre public ; il serait possible aux créanciers de renoncer à la nullité qu'ils pourraient faire valoir à l'égard d'une société civile constituée postérieurement à la loi du 1^{er} août 1893 sans s'être astreints aux formalités de cette loi. La question n'était pas douteuse avant la loi de 1893 ; de nombreux arrêts ont reconnu la validité de la stipulation par laquelle les associés membres d'une société civile

obtiennent d'un créancier social que celui-ci renonce à les poursuivre sur leurs biens autres que leur part du capital social (Cass., 21 février 1883, D. 83.1.217, S. 84.1.361 et note de M. Labbé ; Rouen, 16 juin 1890, S. 9.22.309, *Rev. des Sociétés*, 91, p. 261 ; Cass., 26 juin 1900, S. 1900.1.329). « Attendu, porte l'arrêt du 21 février 1883, qu'il est en général loisible à chacun de se départir des avantages ou des droits établis en sa faveur et qu'il n'est pas interdit à ceux qui contractent avec les membres d'une société civile de renoncer au bénéfice de l'article 1863 et de faire remise aux associés de leur responsabilité personnelle ; que cette renonciation stipulée et consentie dans un contrat particulier, restreinte à ce contrat et applicable seulement entre les parties contractantes, ne constitue que l'exercice légitime de la liberté des conventions, qu'elle n'est donc pas contraire à l'ordre public ni par conséquent illicite » (Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. 2, n° 1076 et s.). Il est évident, en effet, que rien n'expliquerait l'annulation d'une limitation de responsabilité acceptée par les créanciers sociaux ; libre à eux de renoncer à une protection dont le législateur avait voulu les entourer et qu'ils jugent superflue. Nous avons vu, d'ailleurs, que des conventions de ce genre ne sont soumises à aucune condition de forme et qu'elles doivent être reconnues licites toutes les fois que, d'après l'intention des parties et la portée qu'elles ont entendu assigner à leur engagement, le patrimoine personnel des associés peut être considéré comme étant à l'abri des poursuites des créanciers sociaux.

Au point de vue économique, on comprend aisément la tendance, qui se manifeste de plus en plus dans les sociétés civiles, à emprunter au droit commercial la limitation du gage qui est la caractéristique de l'action. La division du capital social en parts négociables, avec clause de limitation au montant de ces parts de la responsabilité de leurs membres, favorise la formation de sociétés civiles considérables, notamment de celles qui ont pour objet l'exploitation des mines ou des opérations immobilières, telles que l'achat de terrains dans les villes d'eau ou stations hivernales, pour y construire des villa ou des hôtels et les revendre ensuite avec bénéfices ; pour des exploitations d'une semblable envergure, il faut réunir un grand nombre d'adhésions, mais les associés n'afflueront que si leur responsabilité est restreinte à leur part sociale. A cette condition seulement, il sera possible aux sociétés du droit civil d'élargir leur champ d'action et d'exécuter les entreprises qui auraient été à jamais fermées à un petit groupe d'associés étroitement unis par la considération des personnes. La conception de la société civile se trouve ainsi élargie ; et, si sa nature juridique est quelque peu modifiée, l'organisation nouvelle à laquelle elle se conforme paraît plus en rapport avec l'esprit de spéculation qui caractérise l'époque contemporaine. Ce serait partir d'une compréhension étroite du droit, que de refuser à des sociétés de ce genre la faculté de réaliser cette combinaison. On a bien invoqué l'article 1174 du Code civil d'après lequel toute obligation est nulle lorsqu'elle a été

contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Or, dit-on, la clause dont il s'agit entraîne seulement une restriction de responsabilité qui paraît contraire à la nature de la société civile ; mais, de plus, avec la négociabilité des actions, chacun des membres de la société sera libre de s'exoérer de toute responsabilité en se substituant un successeur sans le consentement des tiers : dans de semblables conditions, le maintien des obligations contractées par les associés primitifs dépend uniquement de leur volonté, puisqu'ils peuvent s'affranchir de toute obligation en cédant leur part. Aussi le rapporteur de la loi du 24 juillet 1867 avait-il pu déclarer que des sociétés ainsi construites ne présenteraient, si de telles stipulations étaient obligatoires, ni les garanties de la loi civile ni celles de la loi commerciale (*Moniteur* du 8 mai 1867). Mais on a répondu, avec raison, que l'article 1174 était hors de cause ; il ne dépend pas des seuls associés de s'affranchir des obligations contractées, il faut que la volonté des tierces personnes vienne se joindre à la leur et que celles-ci consentent à se substituer dans la société aux adhérents originaires (Cf. Lyon-Caen, note sous Paris, 28 janvier 1868, S. 69.2.205).

Au surplus, dès qu'il est prouvé que les tiers ont eu une connaissance suffisante des statuts, soit par la lecture de ce document, lors de la conclusion du contrat passé avec eux par la société, soit par le rappel de la clause de cessibilité audit contrat, on ne saurait sérieusement soutenir que les droits des tiers soient méconnus ; ils ont été

informés de la composition instable du personnel de la société ; du moment qu'ils ont consenti à traiter malgré cette particularité, pour quelles raisons viendraient-ils aujourd'hui se plaindre des conditions d'une convention où le consentement fourni n'a été entaché par aucun vice ? C'est surtout dans la région du Nord, pour la constitution des sociétés de mines, que cette clause a été adoptée (Cavrois, *Les sociétés houillères du Nord et du Pas-de-Calais*, p. 130).

Il y a là, d'ailleurs, une tradition bien lointaine. Si l'on en croit Troplong, la première société par actions montée en France fut une société civile et il citela Société des moulins du Basacle à Toulouse (*Du contrat de société*, préface, p. 74 et n° 430). Du moment que la division du capital social en parts négociables est portée à la connaissance du public ou, tout au moins, de ceux qui sont appelés à entrer en rapports d'affaires avec la société, la clause est parfaitement régulière. Nous sommes à une époque où le titre négociable envahit de plus en plus le domaine du droit civil ; pourquoi faudrait-il l'exclure d'un contrat comme le contrat de société, auquel est indispensable une importante concentration de capitaux pour assurer le succès des entreprises qu'il a pour objet ? D'ailleurs, sous la condition que les droits des tiers ne soient pas lésés par la circonstance que la clause dangereuse pour eux aurait été tenue secrète, la loi elle-même vient reconnaître la licéité de semblables stipulations : on peut tirer argument, en ce sens, d'abord de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 sur les

[illegible]

Cette protection du pays que le monde offre à ses
 habitants, n'est pas pour empêcher de le transformer
 en monde communiste, car le monde de la communauté
 des actes d'homme pour les individus comme pour les
 individus, l'exercice individuel de la puissance universelle
 du monde est toujours complètement de nature
 que si les états nationaux l'adoptent, ils en font de la
 forme par nature (le fait est tel). Donc, si le monde
 des individus communistes est de la nature communiste
 des individus, il est de la nature communiste des
 formes de part, comme plus propre à être les individus par
 la propriété d'une personnalité publique. L'existence
 dans le monde social de la nature que tout individu a à part
 plus d'être un individu de la nature que le fait pour un
 communiste de devenir une forme de change pour une
 forme sociale.

Mais, le règlement des questions, le travail
concret sera donc une constante effort. Et cela nous permettra
d'être plus près de nos amis communistes et socialistes
par la volonté, les efforts de la loi sociale, nous-mêmes de nos

tables dérogations. En effet, dans les rapports des associés entre eux, les changements du personnel composant la société seront possibles, contrairement à l'*intuitus personæ*, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'agrément des associés primitifs et, surtout, la responsabilité des détenteurs des parts négociables se trouvera réduite à leur mise, dans les sociétés civiles comme dans celles du commerce ; pour le surplus, le patrimoine personnel des adhérents sera à l'abri de toute recherche. Il a été jugé, d'ailleurs, en ce qui concerne les recours entre associés, que le souscripteur d'actions d'une société purement civile, qui aurait payé une fraction du passif social supérieure à celle que sa part comportait, pourrait s'adresser, pour l'excédent, à son cessionnaire, et, au cas de vente en bourse, il aurait le droit, même si les titres sont au porteur, d'exiger le nom de ce cessionnaire sans que l'agent de change puisse lui opposer le secret professionnel (Douai, 24 janvier 1904, *Journal des Sociétés*, 1902, p. 255). Au point de vue des tiers, nous savons que la division du capital d'une société civile en actions ne peut diminuer la responsabilité des associés au regard du public que si mention de ces clauses a été insérée dans les actes dont l'exécution engendre des difficultés. C'est la preuve que, pour la jurisprudence, la société civile, bien que constituée par actions, n'en demeure pas moins une association de personnes et non un groupement de capitaux, la réduction du gage social n'étant possible que si elle a été expressément ou tacitement acceptée par les tiers.

Nous pensons que ces solutions, qui se dégagent de la jurisprudence la plus récente, concilient très heureusement l'intérêt des sociétés, désireuses de s'assurer toutes les chances de succès dans les entreprises qu'elles montent, et les droits des tiers qui, en présence d'une entreprise civile, ont compté sur un engagement indéfini et ne peuvent assister à la restriction de leur gage contre leur volonté. La société civile, qui divise son capital en actions, doit présenter les garanties qui sont destinées à atténuer les effets de la responsabilité restreinte qui pèse sur chacun de ses membres : notamment obéir aux règles concernant le taux des actions, la souscription du capital, les versements, l'attribution d'actions en représentation d'apports en nature, l'administration de la société (Arthuys, *Revue critique*, 1905, p. 385 et s.). En tout cas, depuis 1893, la solution ne saurait être douteuse et toute société qui, postérieurement à la loi de 1893, recourt, pour restreindre le gage de ses créanciers et, par suite, pour attirer les associés par la perspective d'une obligation limitée, à la division de son capital en actions, est tenue de se conformer aux lois de 1867 et 1893 et d'en observer à peine de nullité toutes les prescriptions. On cite, quelquefois, en faveur de l'opinion contraire, les déclarations de M. Thellier de Poncheville, auteur de la proposition qui est devenue ultérieurement la loi du 1^{er} août 1893 : d'après M. de Poncheville, on ne saurait astreindre indistinctement toutes les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions, à se conformer aux prescriptions de la loi de 1867, si leurs

membres restent personnellement responsables du passif dans les termes du Code civil. Mais l'opinion même formulée par M. de Poncheville démontre bien que si, à la faculté de cession vient s'adjoindre une clause limitative de l'étendue des engagements sociaux, la société est tenue désormais de se conformer aux lois spéciales du commerce. D'ailleurs, la solution contraire serait la négation même de toute justice : les sociétés qui imprimeraient à leurs titres la forme négociable, tout en prétendant rester civiles et exonérées des prescriptions édictées en 1867 ou 1893, se constitueraient illégalement une condition singulière qui ne répondrait plus à celle de la société civile et qui ne se confondrait pas davantage avec une société commerciale. « Des clauses de ce genre ne seraient alors qu'un véritable traquenard, soit pour les associés, soit pour les créanciers sociaux et nous pourrions donner de la loi de 1893 une saine interprétation en annulant des sociétés qui, par de tels procédés, essaient de se soustraire à ses prescriptions » (Chéron, *loc. cit.*, p. 211).

Il n'y a pas en réalité de place intermédiaire pour un type de société qui ne serait ni une société civile ni une société commerciale. Entre ces deux législations d'un caractère opposé, il faut impérieusement choisir : la liberté des conventions se trouve ici restreinte par l'intérêt supérieur du crédit ou par la nécessité de sauvegarder les droits des tiers qui, peu au courant, en général, de la législation quelque peu compliquée des sociétés, ne peuvent être attirés dans un piège où leur ignorance des affaires les en-

traînerait plus facilement. Les sociétés civiles qui veulent recourir aux modes de transmission faciles du commerce, à la limitation du gage, qui est l'apanage des sociétés appartenant à cette législation, ont assurément la faculté de les adopter, mais au moins faut-il qu'elles le déclarent franchement dans leurs statuts et qu'elles ne recourent pas à des voies déloyales et tortueuses, à des combinaisons derrière lesquelles s'aperçoit l'œuvre de spéculateurs plus ou moins louches, désireux d'arriver à la fortune aux dépens d'autrui. La cessibilité des parts, la restriction du gage des créanciers, sont assurément des avantages précieux ; qu'une société civile cherche à s'en procurer le bénéfice, rien de mieux ; mais, si elle emprunte aux habitudes commerciales certains éléments de succès, elle doit s'assujettir à l'observation du droit qui lui paraît le mieux adapté au but qu'elle poursuit. D'ailleurs on ne trouve dans les travaux préparatoires de la loi de 1893 aucun passage qui permette d'établir une distinction entre les sociétés civiles qui prennent nettement la forme des sociétés en commandite, par actions ou anonymes et celles qui, tout en conservant la forme civile, divisent leur capital en actions (Arthuys, *loc. cit.*, p. 390). Aucune classification n'avait été non plus formulée à cet égard dans le projet de M. Thellier de Poncheville. Dès lors, on n'aperçoit pas pour quel motif juridique les Sociétés civiles à forme commerciale ou même celles qui se bornent à diviser leur capital social en parts négociables chercheraient à échapper à la législation établie en 1867 pour la sauve-

garde des intérêts des tiers. Sans doute, en recourant à la négociabilité des parts sociales, les associés ont usé d'une faculté licite ; mais ils ont dû prévoir les conséquences de leur option et ils ne sont pas fondés à se soustraire à l'application d'une législation qu'ils ont eux-mêmes choisie. Sinon ils commettraient une véritable fraude à l'encontre des tiers, en les obligeant à subir une restriction de leur gage à laquelle ceux-ci n'avaient pas pu s'attendre.

SECTION II. — **Restriction résultant de la
forme en participation.**

La forme d'une action donnée à la part sociale n'est point la seule hypothèse dans laquelle il y ait réduction de la responsabilité d'un débiteur ; il y a un type de société, l'association en participation, qui permet également à l'un des associés de se soustraire aux conséquences des dettes contractées par la société.

On sait qu'une grave controverse a longtemps régné sur la nature juridique exacte de l'association en participation. On est fixé aujourd'hui en ce sens que l'association en participation se reconnaît à son caractère occulte (Cassation, *J. du Pal.*, 26 août 1879, p. 1191). Dès lors on est en présence d'une société qui n'offre à la poursuite des tiers qu'un domaine limité. Les fournisseurs ou les créanciers sociaux ne possèdent une action propre que contre le gérant, c'est-à-dire contre l'associé en nom qu'ils connaissent ; le patrimoine du participant échappe, au regard des

tiers à toute obligation ; il sera seulement, par la suite, obligé d'indemniser le gérant des paiements opérés par celui-ci au nom de la société. En d'autres termes, le participant ne sera jamais tenu indéfiniment des dettes sociales. Il ne contracte d'autre obligation que celle de rembourser au gérant sa part dans les avances consenties par ce dernier. La plupart du temps, en pratique, la somme à raison de laquelle le participant devra subir les pertes dans le règlement de compte qui aura lieu entre lui et le gérant est fixée d'avance et ne devra pas dépasser un certain chiffre, cette situation n'est pas sans rapport avec celle de l'associé commanditaire.

SECTION III. — Justification et fondement de la restriction ainsi apportée au gage des créanciers.

Les restrictions qui sont apportées au gage des créanciers, soit dans la participation, soit dans la société en commandite simple ou par actions, n'ont rien que de très légitime ; on ne peut pas soutenir que les intérêts des créanciers soient lésés.

La justification de la règle est aisée, d'abord, pour l'association en participation. Les créanciers sociaux n'ont connu que le gérant, ils ne soupçonnaient même pas l'existence d'une société qui, en réalité, contractait les engagements. Dès lors, ils n'ont accordé crédit au gérant que dans la mesure où le patrimoine personnel de ce dernier était de nature à leur inspirer confiance. Qu'importe que

les biens du participant ne constituent pas leur gage, puisqu'ils ne supposaient pas que celui-ci avait un intérêt engagé dans l'affaire conclue par eux avec le gérant ?

Quant à la restriction de responsabilité qui ressort, pour le commanditaire ou l'actionnaire, de ce que sa part sociale seule répond du passif de la société, sans qu'il puisse être recherché au-delà du montant de son apport, on ne peut pas soutenir qu'il en résulte un préjudice pour les créanciers de la société. La publicité, qui a dû accompagner la constitution de la société, a porté à la connaissance des tiers l'indication du patrimoine qui serait appelé à supporter les engagements contractés ; la publicité est, en quelque sorte, le point de départ et la raison d'être de tous les engagements qui par la suite s'établiront entre la société et les tiers. Les associés ont acquis ainsi légalement la faculté de restreindre les droits de leurs créanciers à quelques biens déterminés.

On pourrait sans doute objecter qu'il n'y a point ici de limitation du gage. En effet, par suite de la personnalité civile des sociétés, les apports dont l'ensemble va constituer désormais le capital social forment un nouveau patrimoine, celui de l'être social, il n'y a donc pas à parler de restriction des droits des créanciers. Les créanciers n'ont jamais eu d'autre débiteur que la personne juridique à laquelle la publicité a donné définitivement naissance, celle-ci ne peut comprendre dans son patrimoine que les mises des divers adhérents ; or, du moment que le capital social est, par définition, affecté au paiement des dettes de

la société, comment vient-on parler de responsabilité limitée ?

Cette objection pourrait, à la rigueur, être soulevée par ceux qui estiment que la société par actions est une personne morale réelle, douée d'une existence propre, d'une volonté capable d'acquérir des droits, de contracter des obligations et d'agir en justice. Pour ceux qui pensent que la personne morale société est un véritable organisme, on peut dire qu'il n'y a pas de limitation apportée à un gage qui, dès le début, a acquis toute son ampleur. On serait alors en présence d'un individu ayant une volonté propre, des organes particuliers et un patrimoine ; dans ces conditions, il ne peut offrir à la poursuite de ses créanciers que les biens qu'il possède actuellement ; sa personnalité étant entièrement distincte de celle des associés, ses biens ne se confondent pas davantage avec ceux des membres de la société ; les créanciers qui traitent avec lui ne sauraient avoir la prétention de poursuivre d'autres valeurs que celles qui appartiennent à leur débiteur, et, si les actionnaires et les commanditaires échappent ainsi à une obligation indéfinie, c'est en vertu de la distinction très apparente qui s'établit entre leurs individualités et celle à laquelle leur convention de société a donné naissance. Telle est la conséquence logique et nécessaire de la théorie qui voit dans la personnalité morale une situation correspondant à l'exacte réalité. Dans cette doctrine, les sociétés en commandite ou par actions ou anonymes sont de véritables personnes ; elles ont

à défendre des intérêts qui ne sont plus ceux des associés, mais ceux d'une masse patrimoniale plus ou moins considérable ; de même les engagements qu'ils contractent ont pour support une volonté réelle qui est distincte de celle des membres de la société. La personnalité morale ainsi comprise ne serait-elle donc pas la négation même de l'idée de toute restriction de responsabilité ? (Cette explication de la personnalité morale considérée comme correspondant à l'ensemble des droits d'un être vivant est due surtout à l'école dite germaniste, dont le principal représentant est Gierke). Gierke s'est attaché à démontrer que les êtres collectifs ont une volonté propre qui se distingue de la volonté des unités qui les composent ; sans doute cette volonté collective résulte de l'ensemble des volontés individuelles, mais elle est quelque chose de nouveau qui est plus que leur simple réunion (*Deutsches Privatrecht*, t. I, § 59 ; Cf. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, p. 62 et s. ; — Hauriou, *La personnalité comme élément de la réalité sociale*, *Revue générale de droit*, janvier et mars 1898 ; *Leçons sur le mouvement social*, 1899, p. 85 et s. ; — Mestre, *Les personnes morales et leur responsabilité*, p. 137 et s., 191 et s.). Or il nous paraît que cette idée n'est aucunement exclusive de celle de la restriction de la responsabilité ; si on admet que la volonté collective, née de l'ensemble des volontés individuelles, devient distincte de ses éléments, il n'en est pas moins vrai que l'on retrouve l'idée de la restriction de la responsabilité dans

chacune de ces volontés individuelles : chaque sociétaire a voulu extraire de son patrimoine certains biens qu'il a mis en société, et qu'il a ainsi soustraits à l'action de ses créanciers personnels : dans cette opinion, l'idée de la restriction disparaît sous le rapport de la société, mais elle subsiste tout entière sous le rapport de ses membres individuellement.

Mais on sait que cette opinion est loin d'être celle qui domine en France et même à l'étranger ; et que l'idée de la personnalité morale n'est qu'une fiction, une chimère, comme l'exprime M. Thaller ; en réalité les hommes seuls peuvent être des sujets de droits. « C'est une idée incompréhensible qu'il puisse y avoir sur terre des titulaires de droits autres que les hommes » (Planiol, *Traité de droit civil*, 2^e éd., t. I, p. 642, note 2 *in fine*). M. Boistie a déjà modifié un peu chez nous cette théorie, en se bornant à dire que la personne morale n'est autre que le faisceau des volontés des associés en tant que ces volontés se dirigent d'accord vers le but social : « Les associés unissent leurs volontés et leurs efforts en vue d'un but commun. C'est-à-dire qu'ils détachent une partie de leur activité personnelle, une partie de leur nature immatérielle ou de leur patrimoine, qui, dorénavant, sera soustraite à la direction indépendante de leur propre personne pour être soumise à la direction du pouvoir social ; de même que, dans l'obligation, une partie de l'activité du débiteur est soustraite à sa direction indépendante et soumise à celle du créancier. Cette partie de leurs moyens

d'action, dont ils renoncent à se servir pour leurs besoins personnels et qu'ils mettent à la disposition de la société, constitue ce que l'on appelle le fonds social. Ce qui est détaché de leur nature immatérielle ou corporelle, c'est au sens large l'apport en industrie ou en travail ; ce qui est pris sur leur patrimoine représente l'apport en capitaux. C'est la société qui va prendre la direction de toutes ces forces en vue du bien commun ; constituée ainsi comme puissance directrice, intelligente et libre, d'un ensemble de forces naturelles, elle apparaît dans l'ordre juridique comme une *personne* dans toute la force du terme, analysé au point de vue rationnel et philosophique. C'est cette personne qui sera dorénavant seule propriétaire du fonds social matériel ou immatériel... La personne sociale se distinguera de la personne de chacun des associés à ce point que, non seulement, elle seule sera créancière ou débitrice des tiers, mais qu'elle pourra devenir et sera toujours en fait créancière ou débitrice de chacun des associés individuellement » (*Cours de philosophie du droit*, t. 11, n° 314).

La forme sous laquelle M. Boistel nous présente la personne morale en tant qu'être réel diffère donc déjà de la conception de Gierke. En réalité, la personnalité morale n'est encore, dans l'opinion la plus communément répandue en France, qu'une fiction derrière laquelle se dissimulent les individualités de toutes les personnes qui sont dans la société.

Si la personne morale n'est qu'une fiction, les créan-

ciers sociaux ne sont point en réalité en présence d'une masse de biens distincte de ceux qui appartiennent aux associés eux-mêmes ; dès lors, l'idée d'après laquelle il y aurait une restriction apportée au gage de ces créanciers retrouve son application. La personnalité ne serait dans cette explication qu'un moyen de conférer plus facilement du crédit à la société, en ouvrant à ceux qui traiteront avec elle dans l'avenir la perspective d'être préférés, sur les biens sociaux, aux créanciers personnels des associés. On peut dire encore, avec M. de Vareilles-Sommières, que le trait caractéristique de la société anonyme, la responsabilité limitée au fonds social, a une cause naturelle antérieure à la personnification. Les associés ont donné pouvoir aux gérants (*lato sensu*) de la société de les obliger, mais seulement sur l'avoir commun. Cette limitation du mandat en vertu d'un principe élémentaire est opposable aux tiers. Ceux qui traitent avec un mandataire doivent s'enquérir sur l'étendue du mandat (*Les personnes morales*, 1902, n° 1137).

On peut imaginer aussi, avec M. Hauriou, que la personne morale n'est autre que l'unanimité des volontés des associés tendue vers un but commun et se proposant d'arriver ensemble à la fin qu'elles poursuivent. Pour atteindre ce but, les associés sont expressément convenus que la responsabilité de chacun ne dépassera pas la portion du patrimoine qu'il a engagé dans la société, les adhérents n'ont apporté leurs capitaux qu'à cette condition ; ils veulent bien s'imposer un sacrifice et consentir à perdre, en

cas de mauvaise fortune, le montant des biens qu'ils ont engagés dans l'entreprise, mais ils entendent ne pas être recherchés au delà et ils conviennent que le surplus de leur patrimoine demeurera à l'abri de toute poursuite des créanciers. Ce n'est donc point par l'effet de la loi que se produit la restriction du gage de ces derniers ; en réalité, c'est l'effet d'un consentement expressément donné par une volonté formellement exprimée ; l'atténuation de la responsabilité compte parmi les intentions les plus certaines qui animaient les associés au moment de la formation du contrat. Nous croyons, par suite, avec M. Hauriou, que toutes les clauses du contrat de société, aussi bien celles qui sont formellement exprimées que celles restées implicites et sous-entendues, sont l'œuvre des associés eux-mêmes et qu'il serait inexact de prétendre que la limitation de leurs obligations s'est produite automatiquement en dehors d'eux et par l'effet d'un mécanisme légal. Comme l'a fort bien expliqué M. Hauriou : « L'être collectif est considéré comme contenant en son individualité un certain système de forces intérieures ; ces forces sont des volontés humaines, mais des volontés qui se placent au point de vue de la vie subjective de l'établissement. Elles s'équilibrent d'une façon instable, d'ailleurs, et réalisent une certaine unité de tension. C'est cette unité de tension intérieure, fait sociable incontestable, qui donne à la personnalité morale une réalité sociale spontanée. En effet, d'une part la personnalité voulue par toutes les volontés tendues, et d'autre part, ses conditions d'existence, sont

assurées, puisque, par le jeu des forces intérieures, il se dégage toujours une volition maîtresse, et que, grâce à l'efficacité dynamique de la représentation, cette volition s'exécute identique à elle-même ; il y a, dès lors, le support de l'exercice des droits aussi bien que celui de la jouissance des droits » (Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, dans *Revue générale du Droit*, 1898, p. 138 et s.).

Donc, la personnalité morale ne résultant que de la collectivité du but poursuivi par les volontés individuelles, c'est toujours en vertu de cette volonté que l'un des effets de la personnalité morale, c'est-à-dire la responsabilité restreinte aux apports, se produit au regard des créanciers. Dès lors il n'y a pas à parler de l'intervention de la loi comme ayant le don d'engendrer seule et par elle-même la restriction du gage des créanciers. Cette restriction, voulue par les associés, a été acceptée par les créanciers par suite de la publicité obligatoire des statuts ; c'est bien en définitive une restriction conventionnelle, et non une limitation résultant de la loi elle-même, qui s'applique aux biens que la société peut offrir aux poursuites de ses créanciers. Ce système est, d'ailleurs, à l'abri de toute critique, car la limitation qui est ainsi opposable aux tiers n'a pu leur causer aucun préjudice ; en traitant avec la société, les tiers ont connu et accepté cette limitation ; ils en ont tenu compte dans la convention qu'ils ont passée avec l'être moral et, vraisemblablement, ils ne lui ont accordé qu'un crédit en rapport avec l'étendue du gage qui

leur était ainsi offert (Ils savent, d'ailleurs, que, sur ce gage restreint, ils auront l'avantage de primer les créanciers des associés et de ne subir aucun concours de la part de toute personne dont la créance ne serait pas fondée sur un rapport de droit formé avec la société elle-même). Rien n'est plus facile, pour le public, que d'être au courant de la forme de la société avec laquelle il traite : la mention de cette forme est d'abord contenue dans tous les actes (correspondance, prospectus, etc.) par lesquels la société révèle son existence au public. D'autre part, la nature commerciale de l'entreprise annonce suffisamment aux tiers qu'une publicité préalable a dû être accomplie, sous peine, pour les associés, d'être exposés à une action en nullité, que les tiers peuvent intenter contre eux, mais inopposable par eux-mêmes aux fournisseurs et aux créanciers de la société. En définitive, l'exonération personnelle de l'actionnaire ou du commanditaire s'impose au respect du public, parce que celui-ci a été mis en état de le connaître.

CHAPITRE III

L'INFÉRIORITÉ DU DROIT CIVIL SUR LE DROIT COMMERCIAL QUANT A LA RESTRICTION DU GAGE DES CRÉANCIERS.

Le droit commercial nous offre deux exemples remarquables de restriction de la responsabilité d'un débiteur : d'abord, l'abandon en droit maritime, ensuite la forme de la part sociale appelée action permettant à l'armateur ou à l'actionnaire de se dégager des liens d'une responsabilité trop rigoureuse, qui serait souvent de nature à comprendre tout leur patrimoine dans une ruine définitive. Mais, dans tous les cas, un caractère commun marque ces deux institutions : Les tiers sont informés de la restriction éventuelle de leur poursuite soit à raison de la nature maritime de l'exploitation, soit en vertu de la publicité du contrat de société qui leur a permis de mesurer la valeur et la portée des biens sur lesquels ils pouvaient compter.

En droit civil, les mêmes garanties ne se retrouvent point pour justifier l'indisponibilité d'une partie du patrimoine ; il n'y a pas de mesure d'information qui permette aux créanciers d'apprécier la portée du gage qui leur est offert. Dès lors, on conçoit que la valeur d'une clause d'insaisissabilité doit être toute différente en droit civil, de celle d'une clause de semblable nature en matière commerciale. Cependant, la possibilité de restreindre le gage

des créanciers existe en droit civil comme en droit commercial. Elle est toutefois moins énergique dans le domaine du droit civil. Il est certain notamment, nous l'avons vu, qu'un débiteur ne pourrait, par un acte unilatéral de sa volonté, limiter le gage de ses créanciers à quelques biens déterminés. C'est dans des hypothèses tout exceptionnelles que la loi autorise une restriction de ce genre ; c'est ainsi que la femme a la faculté de soustraire, en adoptant par contrat de mariage le régime dotal, sa dot, au moins dans une certaine mesure, aux obligations qu'elle contractera pendant le mariage. Ici, d'ailleurs, la clause est accompagnée d'une certaine publicité.

Mais des dispositions de cette nature ne peuvent pas être étendues sans qu'il soit pris certaines précautions ; sinon les débiteurs auraient un moyen trop facile de se soustraire à l'exécution de leurs obligations. Ce n'est pas que les tentatives aient manqué pour aboutir à un résultat si favorable au débiteur. Parfois, notamment, dans la pratique, une personne, aliénant ses biens à charge de rente viagère, a stipulé en même temps l'insaisissabilité de cette rente et plus tard, elle a prétendu, en vertu de cette clause, faire tomber les actes d'exécution accomplis par ses créanciers. La jurisprudence a admis cette prétention lorsque la rente viagère présente un caractère alimentaire. Elle l'a toujours rejetée dans le cas contraire. Même dans le cas où la jurisprudence accepte l'insaisissabilité, elle décide que cette insaisissabilité est opposable aux seuls créanciers antérieurs à la stipulation

(Cf. Dalloz, *Rép.*, v° *Chose jugée*, n° 155 ; Cassation, 11 mars 1852, D. 52.1.112).

Dans la pratique la clause d'insaisissabilité émane le plus souvent, non pas du débiteur lui-même, mais d'un tiers qui stipule qu'un bien par lui transmis au débiteur sera insaisissable dans le patrimoine de ce dernier. C'est alors l'application pure et simple de l'article 581, § 3, du Code de procédure, qui permet à un donateur ou à un testateur de déclarer insaisissables les objets mobiliers par lui donnés ou légués. Toutefois, l'article 582 du même Code ajoute que la saisie pourra valablement émaner de créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs et ce en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il déterminera. Le motif de cette règle légale, c'est que les créanciers seraient victimes d'une erreur qu'ils n'auraient pu éviter, si, voyant certains biens dans la fortune de leur débiteur au moment où ils ont traité, ils étaient mis, par la suite, dans l'impossibilité de comprendre dans leur poursuite les biens dont il s'agit, pour cause d'une insaisissabilité alléguée par le débiteur.

Le problème de la limitation du gage ne saurait se poser en droit civil que pour les hypothèses dans lesquelles la limitation du gage est conventionnelle et résulte d'un accord conclu entre le créancier et le débiteur. C'est la seule question qui puisse soulever des difficultés ; il s'agit de savoir, lorsqu'un accord intervient entre un créancier et un débiteur en vue de limiter les biens qui sont soumis

au droit de saisie du premier, quelle est la valeur de cette convention ? Une semblable clause aboutit en fait à faire peser plus lourdement sur le créancier le risque de l'insolvabilité du débiteur ; sans doute, le montant de la créance n'est pas diminué, mais l'efficacité des moyens qui appartiennent au créancier pour obtenir son paiement est singulièrement restreinte. Or, la valeur d'une créance, il est banal de le constater, dépend des garanties de recouvrement que possède le titulaire de cette créance. L'exécution sur la personne étant aujourd'hui abolie, la seule ressource du créancier pour obtenir satisfaction, c'est de procéder à la saisie des biens de son débiteur. Ce droit plane sur tout le patrimoine du débiteur et même, après la mort de ce dernier, à défaut d'acceptation bénéficiaire ses héritiers sont tenus de le subir non seulement sur les biens qu'ils ont recueillis dans la succession de leur auteur, mais même sur leur fortune personnelle. On conçoit, dès lors, le préjudice qu'une clause de cette nature peut être appelée à occasionner au créancier. Il est exposé à subir, du vivant du débiteur, des conséquences analogues à celles que produirait l'acceptation bénéficiaire de la succession par les héritiers de l'obligé. Le créancier court le risque de ne recevoir qu'une partie de la somme qui lui est due. Sans doute, l'engagement du débiteur ne cesse pas de porter sur l'intégralité de la dette qu'il a contractée, mais le créancier possède un titre inefficace, dans le cas où les biens sur lesquels il devra concentrer sa poursuite ne suffiraient pas à lui donner satisfaction. Dé-

pouillé de toute sanction pour le surplus, son droit perd singulièrement de sa valeur.

Au point de vue absolu, on ne voit pas, malgré le désavantage que cette clause engendre pour le créancier, pourquoi sa validité ne devrait pas être acceptée, dès lors que les deux parties sont majeures et capables. L'article 1134 demeure toujours la règle ; du moment qu'aucune prohibition contraire résultant d'un texte de loi ne vient limiter son application, cette règle conserve son empire. Or tout le monde s'accorde à constater que l'article 2092, malgré la généralité du principe qu'il pose, ne contient pas l'énoncé d'une règle d'ordre public et à laquelle il serait impossible de déroger. La preuve qu'il ne contient pas une disposition impérative et obligatoire, à laquelle il serait défendu de se soustraire, c'est la forme de sa rédaction « Quiconque s'oblige personnellement est tenu de remplir... etc » Les termes mêmes employés par la loi démontrent qu'il n'en est ainsi que si le débiteur a pris un engagement conférant à son créancier les moyens de contrainte les plus larges et les plus efficaces. Au surplus, l'ordre public n'est nullement en jeu. Il serait assurément heurté si le débiteur puisait dans une clause qu'il n'a pas révélée à sa contre-partie, lorsqu'il a traité avec elle, le pouvoir de se dérober à l'exécution réclamée par celle-ci. La loyauté et la bonne foi s'opposent à de pareils procédés. Mais ici nous sommes en présence d'une convention dont tous les termes ont été très vraisemblablement pesés et débattus par les parties ; les obligations ne sauraient.

dans notre droit, avoir d'autre étendue que celle déterminée par la volonté des contractants.

Nous croyons donc devoir décider que le créancier qui a librement renoncé à la prérogative que lui confère l'article 2092 ne serait pas fondé, par la suite, à réclamer un bénéfice dont il s'est volontairement dépouillé. Aucune lésion de droit n'apparaissant, l'ordre public n'est pas en jeu. Le créancier avait la latitude de renforcer les droits résultant pour lui du contrat, en stipulant une sûreté particulière, gage ou hypothèque. Si la convention a le pouvoir de rendre plus énergique le lien qui enserré le patrimoine du débiteur, semblablement elle doit avoir la puissance de le relâcher, lorsque les deux parties tombent d'accord sur ce point. Seulement, s'il est permis de restreindre ainsi, à défaut de publicité, le gage du créancier, c'est que la limitation de responsabilité a reçu la meilleure de toutes les publicités, elle a été immédiatement portée à la connaissance du créancier par la conclusion même de l'accord commun. La clause est donc valable dans notre hypothèse parce que, de même qu'en droit commercial pour la faculté d'abandon ou pour l'action, le créancier était fixé sur l'étendue du gage que la dette lui conférerait (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 2^e édition, 1899, t. 1, n° 272 ; — Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 15 ; — Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 144 ; — *Contra* : Huc, *Commentaire du Code civil*, t. 13, n° 1).

Ce qui est plus critiquable, c'est que la clause d'inaliénabilité apposée par un testateur ou un donateur à un legs ou à une donation soit considérée par la jurisprudence comme entraînant l'insaisissabilité des biens donnés ou légués au regard des créanciers antérieurs en date à la donation ou au legs ; il est même singulier de constater que la jurisprudence attache parfois plus d'effet à l'insaisissabilité connexe à une clause d'inaliénabilité et résultant de la volonté d'un tiers qu'à celle stipulée directement et à titre principal. C'est ainsi qu'un legs déclaré seulement insaisissable n'échappe qu'aux créanciers antérieurs à l'ouverture de la succession (Cass., 23 mars 1898, D. 98. 1. 414), tandis qu'un legs inaliénable ne peut être saisi par aucun des créanciers du légataire, quelle que soit la date de la naissance de la créance (Paris, 9 mars 1903, S. 04. 2. 203). Cette solution, d'après les arrêts, est fondée sur ce motif que le bénéficiaire de la libéralité ne doit pas pouvoir faire indirectement, par la voie de l'expropriation, ce que le disposant lui interdit de faire directement par la voie de l'aliénation volontaire. L'insaisissabilité apparaît, dès lors, comme le complément indispensable et la sanction de l'inaliénabilité (Cf. Sarrut, note sous Cass., 4 avril 1900, D. 1900. 1. 529 et note de M. Planiol, sous Rouen, 5 avril 1905, D. 05. 2. 241).

Pour nous, nous pensons que ces solutions sont regrettables, eu égard aux circonstances dans lesquelles elles interviennent : les créanciers n'ont pas facilement le moyen de connaître les restrictions qui sont ainsi apportées à

leur gage, ils n'ont point, comme en droit commercial, la ressource d'une publicité destinée à les prémunir contre des risques de perte. Dès lors, l'intérêt légitime des tiers commanderait de restreindre le plus possible l'application de clauses tendant à éluder l'exercice des droits des créanciers. Il n'est pas équitable qu'une personne soit exposée à un danger contre lequel il ne lui a pas été donné de pouvoir se prémunir.

Cependant, on doit constater qu'à l'époque contemporaine un double mouvement jurisprudentiel et législatif se dessine en faveur de la restriction du gage des créanciers même en droit civil et malgré l'impossibilité, pour les personnes menacées, d'échapper au péril qui les attend. Nous venons de constater que la prohibition d'aliéner engendrait, d'après les tribunaux, une insaisissabilité absolue des biens auxquels elle s'applique ; des décisions récentes s'orientent dans la même voie et affirment de plus en plus la possibilité pour le débiteur d'échapper à l'action de ses créanciers. C'est ainsi qu'un arrêt vient de déclarer, au sujet de la portée d'une prohibition d'aliéner quant aux hypothèques judiciaires prises sur les biens stipulés inaliénables, que « la défense imposée s'applique non pas seulement aux hypothèques conventionnelles, mais aussi aux hypothèques judiciaires résultant des obligations ayant pris naissance pendant la période d'indisponibilité et qui sont la conséquence inévitable des engagements prohibés » (Rouen, 5 avril 1905, D. 05.2.241, note de M. Planiol).

Jusqu'ici la jurisprudence admettait que, si le principe de l'interdiction d'aliéner comprenait celle d'hypothéquer, il ne s'étendait pas cependant aux hypothèques judiciaires et légales, pour lesquelles la loi fait abstraction du consentement et de la volonté du débiteur (Cass., 24 avril 1894, D. 95.1.91). Comme le fait remarquer avec raison M. Pilon (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 690 et s.), les clauses exceptionnelles doivent s'interpréter restrictivement, et toute atteinte apportée au gage des créanciers ne saurait être légitimée que par un intérêt manifeste, ou par l'application d'un texte formel. L'idée fondamentale qui légitime l'insaisissabilité au regard des tiers, c'est la connaissance que ceux-ci ont pu en acquérir et qui les rend désormais irrecevables à invoquer l'inefficacité d'une clause qu'ils ont tacitement acceptée. C'est ainsi que l'insaisissabilité dotale se justifie, car, en raison de la publicité dont la loi du 10 juillet 1850 entoure le contrat de mariage, les créanciers qui auraient consenti un prêt à une femme dotale et qui se verraient, par la suite, opposer l'indisponibilité des immeubles compris dans la dot n'auraient qu'à s'en prendre à eux-mêmes de l'incurie dont ils ont fait preuve ; mais comment taxer de négligence le créancier traitant avec un débiteur dont le patrimoine comprend comme gage apparent des immeubles provenant de donation ou de legs, et qui est parfois dans l'impossibilité de connaître la prohibition d'aliéner applicable à ces biens, puisque les mutations testamentaires ne sont assujetties à aucune publicité ? En résumé, tou-

tes les fois qu'une publicité est organisée (ainsi que celle qui existe en droit commercial pour les sociétés), la clause d'insaisissabilité, sans danger pour les tiers, peut leur être valablement opposée. Mais il y a évidemment un péril social à admettre la validité des stipulations de ce genre dans une législation qui, comme notre droit civil, ne porte pas suffisamment à la connaissance des tiers les clauses restrictives de leurs droits.

Cependant, la législation semble sur ce point se conformer à l'orientation indiquée par la jurisprudence. Dès le 18 juillet 1894, M. l'abbé Lemire déposait sur le bureau de la Chambre une proposition de loi ayant pour objet d'organiser en France le bien de famille (Séance du 28 juillet 1894, *J. off.*, 1894, annexe 848, p. 1176). L'idée était reprise ultérieurement par le gouvernement et, dans la séance du 31 janvier 1905, M. Ruau, ministre de l'agriculture, déposait un projet de loi sur *la constitution et la conservation du bien de famille insaisissable* (Chambre, annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 1905) (Consulter le rapport de M. le député Fernand David, à l'occasion du budget de 1907 : annexe n° 348, *J. off.*, *Doc. Parl.*, Chambre, 1906, p. 1979-1980).

D'après ces projet ou proposition, il s'agirait de créer un bien de famille comprenant tout ce qui sert à l'habitation familiale, à la vie en commun, à la résidence de la famille. Plus juridiquement, l'expression bien de famille désigne les biens immobiliers dont la loi juge la conservation nécessaire au propriétaire et dont elle inter-

dit en principe la saisie (Pougny, *Le bien de famille en France*, thèse Paris, 1906, p. 32).

Cette institution, d'origine américaine, a été introduite au Texas en 1839 ; depuis lors, la majorité des Etats américains ont accepté cette institution. Le but poursuivi est assurément des plus humains. Il s'agit de créer à la famille un minimum de ressources, de lui assurer une habitation où elle puisse vivre, sans avoir à redouter les évictions dont la menacent des créanciers impitoyables. On espère ainsi mettre un frein à l'émigration des populations agricoles vers les villes et conjurer la crise en résultant pour l'agriculture.

Seulement cette innovation se heurte à une grave objection, l'insaisissabilité proposée augmente notablement le cercle des restrictions qu'il serait possible d'apporter au gage des créanciers et, dans une certaine mesure, elle met obstacle à la libre circulation des biens. La règle d'après laquelle les biens doivent circuler librement est d'une importance fondamentale dans une société civilisée. Elle rend la propriété accessible au plus grand nombre : si celle-ci se trouve immobilisée entre les mains de quelques privilégiés, les transactions vont en être ralenties et des troubles sociaux apparaissent comme inévitables, par suite du mécontentement de ceux qui ne peuvent arriver à être propriétaires. Cet argument est d'ailleurs surtout théorique, les biens ainsi réservés ne devant être que d'une minime importance. D'autre part, l'article 2092 souffre

ainsi une exception, qui n'est plus légitimée par un accord mutuel intervenu entre le créancier et le débiteur. Les engagements d'une personne pourraient, de cette manière, se trouver totalement dépourvus de sanction, au cas où elle ne posséderait pas d'autres biens que l'immeuble déclaré insaisissable par la loi.

D'après le projet gouvernemental, toute maison, soit seule, soit assortie d'une ou plusieurs terres peut, si la valeur de l'ensemble ne dépasse pas 8.000 francs, être érigée en bien de famille (Art. 1^{er}). L'affectation à la famille n'est possible que si l'immeuble n'est pas grevé d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires et elle résulte d'une décision prise par les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, par l'aïeul ou l'aïeule y habitant avec des petits-enfants à leur charge. Cette constitution s'effectue par une déclaration notariée, homologuée par le juge de paix. Elle contient la désignation détaillée de l'immeuble, avec les indications cadastrales, et est soumise à la transcription dans le mois qui suit l'homologation. Le projet cherche, en effet, à concilier les intérêts des tiers avec ceux de la famille et, pour ne pas sacrifier les droits des premiers, le projet décide que l'acte notarié sera publié par voie d'affiche et dans la presse pendant deux mois, durant lesquels les créanciers hypothécaires ou privilégiés devront s'inscrire et les créanciers chirographaires former opposition entre les mains du notaire rédacteur sous peine de perdre tout droit sur l'immeuble (Art. 6 du projet). La qualité de bien de famille persiste

pendant toute la vie du constituant et tant que le bien reste aux mains du fondateur, de son conjoint survivant ou de ses enfants mineurs. Le but du projet est ici d'éviter le morcellement des biens familiaux. Toutefois cette qualité peut disparaître, si le constituant déclare y renoncer dans les hypothèses où l'aliénation serait permise et toutes les fois que la valeur de l'immeuble vient à dépasser 1.200 francs (Art. 3 *in fine*).

La constitution d'un bien de famille insaisissable engendre plusieurs conséquences : d'abord, l'immeuble devient insaisissable, sauf pour les créances hypothécaires ou privilégiées antérieures, qui sont dûment inscrites avant l'expiration des deux mois, et même pour certaines créances postérieures à la constitution qui sont limitativement énumérées par l'article 11 (fournitures de subsistances, condamnation, pour délits et quasi-délits civils, condamnations, en matières criminelle, correctionnelle et de police, pour le paiement des amendes, l'acquittement des restitutions, des dommages-intérêts et les frais ; mémoires d'entrepreneur et salaires d'ouvriers employés à reconstruire ou à réparer les bâtiments ; sommes dues pour l'ensemencement des terres, les améliorations agricoles, l'achat de bétail, de machines ou instruments servant à la culture, ou de métiers ou outils en usage dans la profession du constituant). De plus, le bien de famille devient insaisissable sans le consentement des deux époux pendant le mariage. Il faut le concours de la femme dans l'acte de vente pour que le propriétaire ait le droit d'alié-

ner tout ou partie de ses biens, s'il y a des enfants mineurs, l'aliénation du bien est subordonnée à une autorisation du conseil de famille (Cf. art. 9). Il faut en outre l'autorisation de justice. Toute vente à réméré est frappée de nullité et aucune hypothèque ne peut plus être constituée.

Enfin, à la mort du propriétaire une double dérogation est apportée aux lois successorales : en effet, d'après les articles 20 et 21, en vue d'éviter un partage judiciaire, l'indivision pourra être maintenue, s'il existe des enfants mineurs après la dissolution du mariage, à la demande, soit du conjoint, soit du conseil de famille, soit d'un enfant majeur, jusqu'à la majorité du plus jeune et sauf indemnité aux héritiers majeurs qui ne profitent pas de l'habitation. En outre, pour empêcher la division ou l'aliénation des biens, le conjoint survivant, s'il est propriétaire du « homestead » et s'il habite la maison, a la faculté de réclamer, à l'exclusion de tous héritiers, l'attribution intégrale sur estimation sauf à indemniser ses cohéritiers. — Notons encore que, d'après l'article 17, en cas de destruction partielle ou totale du bien de famille, les indemnités d'assurances sont versées à la caisse des consignations et demeurent affectées à la reconstitution du bien détruit pendant un délai d'une année à dater du paiement de l'indemnité. Cette disposition s'imposait, car il serait inadmissible qu'un sinistre vint rendre inapplicables les prescriptions législatives. De plus, le projet résout la question de savoir si les assureurs seront

tenus de surveiller l'emploi de l'indemnité qu'ils ont payée, et il la tranche par la négative (Art. 17 *in fine*).

L'immunité fondamentale du projet, c'est l'insaisissabilité du bien de famille, c'est-à-dire de la maison et du terrain qui l'entoure ; toutefois, on cherche à éviter qu'un individu criblé de dettes puisse, à l'aide du homestead, s'abriter contre les poursuites légitimes de ses créanciers ; la constitution ne peut porter en effet sur un immeuble grevé d'un privilège ou d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire. Les créanciers qui ont pris inscription antérieurement ont un droit acquis et conservent la faculté de saisie sur les immeubles que le débiteur se proposait de soustraire à leur action ; mais les créanciers postérieurs à la constitution voient désormais le bien de famille échapper à leur gage. L'interdiction de saisir et d'aliéner les immeubles constitués en bien de famille entraîne, par voie de conséquence, l'interdiction de les grever d'hypothèques, sauf (art. 12) dans des cas exceptionnels et pour conserver au chef de famille le crédit nécessaire afin de cultiver et d'améliorer son bien pour en augmenter la force productive ; en d'autres termes, l'hypothèque ne demeure possible que pour la sûreté de deux catégories de créances : celles résultant de mémoires d'entrepreneurs et de salaires d'ouvriers employés à reconstruire ou à réparer les bâtiments dans la mesure et les conditions prévues à l'article 2103, n° 4 (C. civ.), et les sommes dues pour l'ensemencement des terres, les améliorations agricoles, l'achat du bétail, de machines et

d'instruments servant à la culture ou de métiers et outils en usage dans la profession du constituant.

Le projet du gouvernement a rencontré beaucoup de partisans mais aussi quelques adversaires. D'abord l'école de Le Play ne saurait qu'être favorable à une semblable institution, puisqu'elle condamne tout ce qui tend à affaiblir le lien de famille. Le Play a dit lui-même qu'il faut s'attacher à permettre l'éclosion de petits domaines agglomérés, dont la productivité est indispensable à la reconstitution et à la puissance de la famille ; aussi, les rédacteurs de la *Réforme sociale* se sont montrés très disposés à approuver le projet gouvernemental. En 1887, la Société d'*Economie sociale* chargeait M. Claudio Janet d'étudier si le système des exemptions de saisie en faveur du foyer domestique, connu aux Etats-Unis sous le nom de *home-stead*, serait applicable en France, d'après notre état économique (*Journal des Economistes*, mars 1887). On a dit et répété qu'une institution efficace aux Etats-Unis ne pourrait, en France comme en Amérique, qu'éviter les crises agricoles et favoriser l'attachement des classes paysannes à la terre. D'autre part, on ne cesse d'affirmer que l'institution nouvelle facilitera l'accès de la propriété et que, par ce moyen, on « constituera une classe puissante de petits propriétaires et on intéressera un grand nombre de citoyens à la prospérité publique en leur en faisant ressentir les effets immédiats par suite de la possession du sol » (Petiet, *Le foyer stable ou bien de famille insaisissable*. Thèse Paris, 1901, p. 268).

On ajoute que l'institution du homestead n'apporterait pas une dérogation aussi brutale qu'on le soutient au principe formulé par l'article 2092, d'après lequel quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Il n'y aurait qu'une nouvelle exception apportée à la liste, déjà fort longue, de celles que le Code de procédure, article 595, édicte pour des raisons d'humanité. Ce texte déclare insaisissables le coucher nécessaire, les vêtements, les outils, les instruments de travail, les objets de consommation nécessaires à la famille pendant un mois et enfin quelques animaux. « Pourquoi la loi n'exempte-t-elle pas aussi de la saisie la maison qui est le vêtement de pierre de la famille ? » (Corniquet, *L'insaisissabilité du foyer de famille aux Etats-Unis*. Thèse Paris, 1894). Enfin, M. Perreau déclare que le projet ne se montre pas assez novateur, en n'autorisant pas la constitution en bien de famille des immeubles hypothéqués et il est d'avis de permettre l'érection des immeubles hypothéqués en homestead, à la condition de rendre le procédé de la vente amiable obligatoire (*Chronique législative de droit civil dans Revue critique*, 1906, p. 316). D'autre part, M. Perreau estime que le but recherché ne peut être atteint que si, d'une manière générale, toutes les aliénations ou constitutions de droits réels sont rendues impossibles. Il importe, d'après lui, d'imprimer à l'institution nouvelle des caractères la différenciant nettement des

institutions passées, sinon, leurs avantages restant effacés, nul n'aura l'idée de les utiliser.

Mais, en sens inverse, on a dit que la restriction notable ainsi apportée au gage des créanciers par le projet aurait pour résultat d'amoindrir le crédit du petit propriétaire. L'exposé des motifs paraît s'inspirer de l'idée que le crédit n'est réellement utile que lorsqu'il s'appuie sur le superflu ; mais comment arrivera-t-on dans la pratique à distinguer le superflu du nécessaire et à déterminer les éléments qui pourront valablement servir de gage à la poursuite des créanciers ? Le crédit repose avant tout sur la possession de biens que tout le monde sait appartenir au débiteur ; il est condamné à disparaître lorsque les valeurs possédées par le débiteur sont, en vertu de la loi, affranchies de toute poursuite des créanciers. Qu'un groupement aussi indispensable que celui de la famille mérite toute la bienveillance du législateur, nul ne saurait y contredire ; mais est-il certain que l'établissement du homestead donnera à la famille une vitalité nouvelle ? Il est permis d'en douter.

Le homestead porte d'abord une atteinte certaine au principe de la libre circulation des biens, puisque le constituant ne peut désormais aliéner qu'avec le consentement de l'épouse. Puis, à une époque où la vie des affaires redouble d'intensité même à la campagne, où le besoin de crédit est plus indispensable que jamais, personne ne pouvant se flatter d'être pour toujours dispensé d'y recourir, voici qu'on vient instituer un régime qui est la négation

même de ce crédit et qui exposera la famille à connaître les dures privations de la misère dans son immeuble, alors que la moindre somme d'argent lui eût permis d'améliorer son outillage et de tenter de nouveau la fortune. Le régime dotal, lui aussi, procure à la famille le bénéfice de l'insaisissabilité et il ne semble pas, d'après l'intensité des critiques aujourd'hui dirigées contre lui, qu'il y ait lieu de s'en féliciter. Le régime dotal a, de plus en plus, perdu du terrain depuis les siècles passés, même dans les régions qui lui étaient le plus étroitement attachées, et il devient très usuel de corriger la rigidité des principes qui le caractérisent par l'adjonction de clauses de remploi ou même d'une société d'acquêts. Pourquoi chercher à ressusciter d'un côté une insaisissabilité que l'opinion générale est visiblement portée à condamner ? Sans doute aucun danger ne résulterait pour les tiers de l'adoption du projet, par suite de la publicité dont serait entourée la constitution du homestead ; mais ce serait le propriétaire lui-même qui supporterait les conséquences de l'immunité nouvelle que l'on cherche à lui procurer. Privé de tout crédit, le petit propriétaire risquerait de se voir refuser les produits les plus indispensables à l'existence. L'importance de la réforme apparaît donc comme plutôt de nature à satisfaire des théoriciens désireux d'imiter aveuglément les institutions étrangères que les agriculteurs qui ont souvent besoin de crédit et qui s'en verraient désormais complètement dépourvus.

Une dérogation si notable au gage général des créanciers

ne semble pas d'ailleurs portée suffisamment à la connaissance des tiers, d'après les mesures prescrites à cet égard par le projet. L'article 6 dispose, à cet égard, que l'acte contenant la désignation de l'immeuble transformé en *homestead* sera affiché pendant deux mois, au moyen d'un extrait sommaire, dans l'auditoire de la justice de paix et à la mairie de la commune où les biens sont situés, plus deux avis séparés par un intervalle d'un mois dans un des journaux du département désignés pour recevoir les annonces légales. A notre avis, du moment qu'il s'agit d'une modification aux règles normales de la propriété, la publicité la plus efficace ne saurait être que celle organisée à la conservation des hypothèques, où devraient de plus en plus être centralisés tous les actes concernant la propriété foncière et ses démembrements. Là, les intéressés trouveraient toujours à se renseigner. Il est d'ailleurs dans nos habitudes de nous transporter à la conservation pour connaître l'état des immeubles à l'occasion desquels nous désirons conclure un acte juridique. En cherchant à modifier, à cet égard, le mode de publicité des droits réels reçu jusqu'à ce jour, on risque de causer au créancier un préjudice considérable.

Au surplus, le nombre même des espérances que l'on fonde sur la nouvelle institution, savoir l'arrêt de la dépopulation des campagnes, l'abondance procurée à la main-d'œuvre agricole, une fixité plus grande apportée à la stabilité du foyer familial, montrent qu'à ce sujet on nourrit certainement des illusions. Ce n'est point la

crainte de voir l'exploitation familiale saisie par le créancier, c'est le désir de plus en plus prononcé d'abandonner la campagne pour la ville, où le travail est moins pénible tout en rapportant un salaire plus élevé, qui pousse l'homme des champs à se rendre et à se fixer à la cité. Jadis, le paysan ne songeait qu'à cultiver sa terre et à agrandir son petit domaine, aujourd'hui il est invinciblement attiré par l'agrément du séjour de la ville, et, s'il vend sa terre pour se réfugier dans les agglomérations urbaines, ce n'est point parce que des dettes antérieures l'y obligent, mais uniquement pour troquer son labeur ingrat et peu rémunéré contre un genre de vie qu'il estime plus facile. D'ailleurs, même aux Etats-Unis, il semble que, dans ces derniers temps, l'institution du homestead ne jouit plus de la faveur qui l'entourait jadis, et M. Bureau démontre dans son ouvrage que le bénéfice de cette institution est invoqué de plus en plus rarement. « Parfois même, déclare le savant auteur, dans certains Etats il ne fait aucune déclaration de homestead » (*Le homestead*, Paris, 1895, p. 230 et suiv.).

Pour toutes ces raisons le bien de famille insaisissable ne semble pas être d'un emploi indispensable en France. En réalité, déclarer un bien insaisissable, c'est enlever à son propriétaire toute liberté individuelle et tout esprit d'initiative, c'est par conséquent porter un coup mortel au développement de l'énergie et du sentiment de la responsabilité (Cf. G. Allix, *Annales de l'Ecole des Sciences politiques*, octobre 1889).

CONCLUSION

UTILITÉ D'UN RÉGIME GÉNÉRAL PERMETTANT DE RESTREINDRE
LE GAGE DES CRÉANCIERS. — EXPOSÉ DES CONDITIONS ESSEN-
TIELLES DE CE RÉGIME.

Il importe de ne pas détruire le crédit par des restrictions inconsidérées apportées au gage des créanciers. Ces restrictions sont d'autant plus dangereuses qu'elles ne sont pas toujours connues des tiers et qu'elles sont de nature à leur causer de sérieux préjudices. Toutes les clauses, par lesquelles le débiteur cherche à restreindre les moyens d'action dont disposera le créancier, sont en réalité contraires à son propre intérêt. Le jour où le débiteur pourra narguer ses créanciers, en se retranchant derrière une classe de biens soustraits par la loi ou par sa propre volonté à l'action de ce dernier, les relations d'affaires deviendront de plus en plus difficiles. Sans doute, l'orientation jurisprudentielle ou législative qui résulte de certaines décisions ou de certains projets témoigne du désir, essentiellement humanitaire, de secourir les faibles ; mais il ne faut point perdre de vue que la prospérité des individus et, par suite, celle de la société tout entière, ne peuvent être dues qu'à l'effort persévérant ; en rendant l'effort moins nécessaire, on amollit les courages et l'on

crée pour ceux que l'on a voulu secourir une cause certaine d'infériorité.

Toute mesure ou toute convention par laquelle on cherche à venir en aide à un débiteur obéré est inspirée, sans doute, par une pensée d'humanité ; seulement, outre que ce sentiment d'humanité est souvent aveugle, on oublie trop volontiers que l'on cause ainsi un préjudice appréciable au créancier qui a compté sur la parole de sa contre-partie pour obtenir son paiement à l'échéance. En droit commercial, la restriction de responsabilité s'explique parce qu'elle ne nuit pas aux tiers, soit lorsqu'elle résulte de la faculté d'abandon, soit en matière de sociétés, quand elle découle de la forme revêtue par la part sociale. L'armateur ou les associés sont légitimement fondés à se prévaloir, vis-à-vis des tiers, d'une exonération qui est la conséquence, soit de la nature des contrats conclus à l'occasion de navires, soit de la catégorie juridique qu'ils ont choisie pour la réglementation de leur société, laquelle, en vertu de son titre même, ne comporte, au profit des tiers, qu'un droit de poursuite limité. D'ailleurs, en raison de la publicité ou de la connaissance acquise par le créancier du gage qui lui est réservé, celui-ci ne saurait se plaindre de la restriction qui est ainsi apportée à l'application de l'article 2092. Les tiers en traitant avec la société ont accepté la condition qui leur était faite, et ils sont présumés l'avoir acceptée en connaissance de cause, à raison de la publication même de l'acte de société. Ils se sont engagés par suite, eux-mêmes, à respecter l'exonération per-

sonnelle de l'actionnaire ou du commanditaire et la situation est la même que si le contrat contenait à cet égard une restriction formelle. Le créancier ne serait pas, d'ailleurs, recevable à invoquer son erreur, l'erreur de droit ne pouvant être prise en considération.

Mais, en droit civil, les clauses restrictives de la responsabilité du débiteur ne comportent pas, dans l'état actuel du droit, la même publicité ; dès lors, l'exception qu'elles apportent au droit commun apparaît comme susceptible de mettre en échec les intérêts les plus légitimes. En traitant avec son débiteur, le créancier a pris en considération non seulement ses qualités personnelles, sa probité, ses aptitudes, sa capacité professionnelle, mais encore et surtout les ressources pécuniaires qu'il lui a connues. Si les éléments du gage sur lequel il pensait pouvoir compter viennent à disparaître, le jour où, l'échéance arrivée, le paiement fait défaut, le créancier, déçu dans ses espérances, se croira en droit de prétendre qu'il est victime d'une injustice.

Mais cet inconvénient, certainement très sérieux, est-il de nature à priver irrémédiablement le droit civil des avantages de la restriction du gage des créanciers, dont bénéficie déjà si largement le droit commercial ? Cette question touche à une idée plus générale et nous allons voir que sa solution intéresse également le droit civil et le droit commercial.

La limitation de la responsabilité, que nous avons étudiée dans les sociétés de commerce, est un corollaire de

l'état de société lui-même ; c'est par suite des engagements réciproquement pris par les associés, que le capital de l'entreprise a acquis une condition différente des biens personnels des associés et s'est extériorisé par rapport à ceux-ci ; s'il n'y avait pas de société, cette limitation n'eût pas existé.

Mais ne serait-il pas souhaitable qu'un individu isolé, désireux d'engager une partie de son patrimoine dans une entreprise, commerciale ou civile, pût, sans avoir à constituer une société (qui serait fictive, peut-être, s'il avait besoin de recourir à cet expédient), diviser sa fortune en deux parts : une première, nettement déterminée, déclarée et publiée, qui courrait seule le risque des affaires et qui constituerait le gage exclusif des créanciers de l'entreprise et une seconde comprenant tout le surplus de ses biens, sur laquelle les créanciers de l'entreprise n'auraient aucun droit, mais qui serait le gage des créanciers personnels ?

Ce système présenterait l'indiscutable avantage d'être un stimulant pour les affaires : combien d'individus, possédant quelques capitaux, et peu disposés à constituer une société, ou même ne pouvant pas le faire pour mille raisons, dont la plus simple peut être le manque de confiance d'autrui, se décideraient à engager partie de ces capitaux dans une entreprise, pour la réalisation d'une idée commerciale ou industrielle, pour l'exploitation d'un brevet ou d'une propriété quelconque, s'ils pouvaient limiter leur risque et ainsi avoir l'assurance de ne pas, en cas

d'échec, être complètement ruinés et ne pas craindre d'exposer leur famille à la misère ? Ce ne serait pas une de ses institutions simplement humanitaires, comme celle du homestead, qui, ne tendant qu'à protéger les classes pauvres et ne répondant pas exactement à un besoin économique, les engourdisse au lieu de les stimuler et finalement se retournent contre elles. Il nous paraît bien au contraire que cette institution développerait l'esprit d'initiative de l'individu et concourrait très largement à l'extension générale des affaires et ainsi à la richesse publique.

Bonne pour celui qui en bénéficierait directement, cette institution serait-elle nuisible aux tiers ? Ne vont-ils pas être trompés par cette double masse de biens, ne feront-ils pas crédit à l'entreprise sur la fallacieuse apparence du train de vie que peut mener leur débiteur ? et les créanciers personnels ne seront-ils pas impressionnés par les affaires de l'entreprise ? Bien plus, ne seront-ils pas lésés, si on leur enlève brusquement une partie de leur gage ? Il y aurait un danger certain, si des mesures de publicité n'étaient pas prises : par contre si la personne, voulant user de ce bénéfice, était astreinte à publier, comme les sociétés de commerce publient leurs statuts, les conditions dans lesquelles se fonde son entreprise, et si elle était astreinte, pour tenir constamment en éveil l'attention des tiers, à rappeler, ne fût-ce que par un signe convenu, à la suite de sa signature, dans ses actes, dans ses enseignes et réclames, sur son papier à en-tête, ses fac-

tures ,partout où son nom paraîtra, qu'elle a limité sa responsabilité, nous pensons que ce régime ne présenterait aucun danger pour les tiers.

L'objection que les créanciers personnels pourraient être lésés par la suppression de leur gage sur une partie (souvent la plus nette et la plus réelle) du patrimoine de leur débiteur, n'est pas décisive : ne peut-on pas disposer de ses biens ? il suffit qu'il n'y ait pas de fraude. L'objection n'est donc pas si grave qu'elle puisse être un empêchement au bon fonctionnement du régime. Il faudra sans doute que ces créanciers soient prévenus de l'intention de leur débiteur et qu'ils aient la possibilité de l'empêcher de les dépouiller frauduleusement. Les moyens d'obtenir sûrement ce résultat sont aisés. On peut exiger de celui qui voudra bénéficier de ce régime, une déclaration de ses dettes actuelles, ainsi qu'une notification de son intention à ses créanciers ; des pénalités assez rigoureuses en cas de dissimulation assureront la sincérité de cette déclaration. Les créanciers, en cas d'insuffisance de sûretés, auront le droit de s'opposer à ce dédoublement de patrimoine ; enfin, pour les créanciers inconnus, l'octroi d'un délai, après la publicité, pour critiquer l'acte de leur débiteur, les armera d'une manière suffisante.

Cette généralisation du système de la restriction du gage des créanciers ne présenterait donc aucun inconvénient ; elle répondrait par contre aux besoins des affaires, telles qu'elles se brassent aujourd'hui ; il faut en effet, pour avoir quelque chance de succès, avoir de l'esprit d'initiative, de

l'audace ; il faut savoir risquer ; mais encore faut-il pouvoir être ainsi audacieux ; nombre d'hommes, possédant ces qualités, seraient appelés peut-être à un éclatant succès, succès qui contribuerait à la richesse publique ; mais combien sont retenus, alors qu'ils sont peut-être sur le chemin de la fortune, par des considérations de prudence, par la crainte, en risquant tout leur pécule, de ruiner complètement leur famille ? combien s'abstiennent ainsi à leur propre détriment et au détriment de l'intérêt général ?

Il est à peine utile de faire observer, en terminant, que ce régime serait susceptible d'une application très générale et qu'il y aurait lieu d'en faire bénéficier aussi bien les commerçants que les non-commerçants.

L'utilité de cette institution nous ayant été révélée par l'étude des diverses applications de l'idée de la restriction du gage des créanciers, l'exposé de ces quelques idées nous a paru devoir être la conclusion toute naturelle de cette très modeste thèse.

Vu :

Le Président de la thèse,

A. COLIN.

Vu :

Le Doyen

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Généralités, comparaison entre le Droit civil et le Droit commercial au point de vue de la limitation du gage des créanciers.	1
Diverses espèces de restrictions : nécessaires, légales, volontaires.	
CHAPITRE I ^{er} . — Théorie de l'abandon considéré comme formant échec au droit des créan- ciers	37
SECT. I. — Dettes pour lesquelles l'abandon est autorisé . .	49
SECT. II. — Personnes qui peuvent consentir l'abandon . . .	51
SECT. III. — Sur quoi doit porter l'abandon.	52
SECT. IV. — Formes de l'abandon	58
SECT. V. — Procédure de l'abandon	59
CHAPITRE II. — La forme de la part sociale dans les so- ciétés de capitaux : l'action et la com- mandite; restriction en résultant quant au gage des créanciers commerciaux.	68
SECT. I. — Restriction résultant de l'adoption de la forme anonyme ou en commandite	68
SECT. II. — Restriction résultant de la forme en participation.	102
SECT. III. — Fondement et justification des deux restrictions précédentes.	103
CHAPITRE III. — L'infériorité du Droit civil sur le Droit commercial quant à la restriction du gage des créanciers	113
CONCLUSION. — Utilité d'un régime général permettant de res- treindre le gage des créanciers ; exposé des conditions essentielles de ce régime	135

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
